

حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية وقانون

الدكتور
 بدران أبو العيسين بدران
 أستاذ ورئيس قسم الشريعة - سابقاً
 بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
 وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
 والمعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
 بالملكة العربية السعودية

١٩٨٧

الناشر
 مؤسسة كتاب الطبعات
 المطباعة والنشر والتوزيع
 ت ٤٨٣٩٤٧٢٢ الإسكندرية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

حقوق الأولاد في التشريعية الإسلامية وقانون

الدكتور
بدران أبو العينين بدران
أستاذ ورئيس قسم الشريعة، سابقاً
بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
والمعد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
بالمملكة العربية السعودية

١٩٨٧

الناشر
مؤسسة كتاب الطائفة
للطباعة والنشر والتوزيع
ت ٤٨٣٩٤٧٢ الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

حيث كان الأولاد في هذه الحياة هم رجال المستقبل ، وعليهم يعتمد هذا الوجود ، لأنهم محط الآمال ، ومعقد الرجاء ، أعطاهم التشريع الإسلامي عناية كبيرة ، وخصتهم الشريعة الإسلامية بجانب عظيم من الاهتمام . فشرعت كثيرا من أحكام الطفولة ، وأوضحت كثيرا من الأحكام التي تتعلق بها ، فأبانت أحكام الطفل من حين أن تدب فيه الحياة وهو لما يزال في بطن أمه إلى أن يشب ويترعرع ، كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على أتم وجه وأكمل ، وصيانة لأفراده من الفساد ، فهامى تشريع الزواج كوسيلة للإنجاب ، وإيجادهم إلى هذه الحياة .

فإذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل ، وخصنته من الضياع ، وأبعدته عن العار ، فأثبتت له النسب من والديه ، فكان هذا أول حق يثبت له بعد انفصاله من أمه .

ولما كانت الوسيلة الوحيدة لتغذيته وبقائه وهو في مهده هو لبن أمه ، أوجبت للطفل حقا قانيا هو الرضاع ، محافظة عليه من الهلاك بسبب الجوع .

وحيث كان الطفل من حين ولادته إلى أن يبلغ مبلغ الرجال يمر بمرحلتين

أولاهما : مرحلة الحاجة إلى تربيته ، والقيام بحفظه ، والعناية بإصلاحه ، وهي فترة الحضانة ، فكانت هذه ثلاثة الحقوق التي تثبت للطفل ، وثانيهما : مرحلة الضم إلى الولي وتبدأ من حين انتهاء حضانة النساء ، وتنتهي بالبلوغ مع العقل ، والاستغناء عن الولي ، وهذه الولاية سلطة لجملة الولي مباشرة التصرفات التي تتعلق بنفس الطفل من صيانة وحفظ وتعليم وتزويج ، كما تثبت له على الطفل ولاية أخرى هي الولاية على المال ، فيكون للولي قدرة على التصرفات التي تتعلق بمال الصغير كالبيع والإجارة والرهن وغيرها من التصرفات .

تثبت في هاتين المرحلتين حقان أخريان أحدهما الحضانة ، لاحتياج الأولاد في فترة طفولتهم إلى من يرعى شؤونهم في الأكل واللبس والنوم وغير ذلك ، والثاني الولاية على النفس والمال إن كان ، لأن الأولاد قبل بلوغهم سن الرشد يحتاجون إلى من يرعى شؤونهم في التعليم والتزويج والتأديب ، وإذا كان للأولاد مال فهم في حاجة إلى من يقوم بحفظه واستثماره .

وخامس الحقوق للأولاد النفقة ، لأن هؤلاء في فترة طفولتهم غير قادرين على التكسب ، وفي حاجة إلى من ينفق عليهم حين لا يكون لهم مال يكفي لنفقتهم .

هذا وقد كان العمل في مصر يجري على الأخذ في أحكام هذه الحقوق بما هو أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة فلما صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - والرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ بثلاثة ترتيبات المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها . والقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على النفس - والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال . صارت هذه الموضوعات التي شملتها هذه القوانين يحكم بها ، سواء أكانت متفقة مع المذهب الحنفي أو مخالفة له . أما ما لم ينص عليه في هذه القوانين فيكون العمل فيه بمقتضى المرجح من مذهب أبي حنيفة كما تنص على ذلك المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١)

(١) « تنص الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة . ولأرجح الأقوال من مذهب أبي —

أما في لبنان فلا يزال العمل يجري لأن بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة إذ لم يصدر في شأنها قانون آخر. كما أن قانون حقوق العائلة لم يتعرض لذلك.

الحق الأول : النسب

وهو رابطة سامية ، وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة ، الذالم يدعها الشارع الكريم نهياً للعواطف والأمواء ، تهبها لمن تشاء ، وتمنعها من تشاء بل قولها بتشريعه ، وأعطاهما المزيد من عنايته ، وأحاطها بسياس منيع يحميها من الفساد والاضطراب ، فأرسي قواعدها على أسس سليمة ، فإنه تعالى وقد قضت حكمته السامية ، وستة في خلقه أن يوجد الطفل لا حول له ولا قوة ، غير مستقل بنفسه ، وغير قادر على القيام بشئونه ، كان من عظيم رحمة أن يودع في الآباء حب الأبناء ، فيظلوا مدفوعين بمعامل خفي على رعاية أبنائهم ، يحدوهم إلى ذلك وازع الحنو الذي لا ينازعهم فيه أحد ، فمن تشريعات الإسلام

أنه قضى على التنفي الذي كان شائعاً بين العرب في جاهليتهم قبل أن يسطع عليهم نور الإسلام ، فقد كانوا يدعون أبناء غير أبنائهم ، وينسبونهم إليهم ، ويحرون عليهم أحكام الأبناء الصليبين ، من تحريم زواج وغيره ، فلما جاء الإسلام وهم على تلك الحالة أبطل تلك العادة ، وألقى ما كانوا يرتكبون عليها من أحكام ، فقال تعالى في محكم كتابه ، « وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم

— حنيفة — ما عدا الأسرال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد

بأنفواكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، (سورة الاحزاب / ٤) كذلك أمر الله أن ينسب هؤلاء الأولاد إلى آبائهم إن عرفوا ، فإن لم يعلم الأب لولد من الأولاد ، فإنه يدعى أخا في الدين أو مولى من الموالي ، قال الله تعالى « أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ » (الاحزاب / ٥) .

كما نهى الله الآباء عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم ، وتوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب ، دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا رَجُلٍ جَعَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ - أَيُّ يَعْطَمُ أَنَّهُ امْنَهُ - احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » وفضحه على رموس الخلائق ، « وَلَمَّا هَذَا الرَّعْبُ لَمَّا يَتَرْتَبِ عَلَى إِنْكَارِ الْآبِ وَلَدَهُ مِنْ تَعْرِيفِ الْوَلَدِ لِلذَّلِّ وَالْعَارِ الَّذِي لَا يَسْمَعِي » وفي هذا ضرر بالغ وأي ضرر

كذلك نهى الشارع الأبناء أن ينسبوا إلى غير آبائهم ، وحرم عليهم الجنة إن هم فعلوا ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم « مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ » . ولعل الحكمة في ذلك أن انتساب الولد إلى غير أبيه عقوب للآب وإساءة إليه ، وترك لشكر نعمته .

وأكثر من هذا حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه ، فقال عليه السلام « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يَدْخُلَهَا جَنَّتُهُ » .

هذا وقد وضع الشارع لثبوت النسب سببا واضحا هو : الاتصال بالمرأة ، ومخالطة رجل لها بطريق من طرق الحل ، كالزواج أو ملك اليمين ، فإذا تحقق ذلك الحل أو شبهته ، ووجدت تلك المخالطة بين الزوج وزوجته كانت الرجل أباً للولد الناتج الذي هو ثمرة هذه المخالطة . وبذلك يكون الفرائس

قائماً . أشار إلى ذلك قوله عليه السلام « الولد للفراش وللعاهر الحجر » (١) .
وحرصاً على عدم ضياع الأولاد عن فقهاء المسلمين بهذا الحق عناية كبيرة ،
وتناولوا أمره من كل جوانبه ، حتى إن بعضهم يقول ببعض أحكام لا تتفق
مع مجاري العادات . ولعل ذلك رغبة منهم على الحفاظ على الأولاد ، وعدم
ضياع أنسابهم التي تقضي بهم إلى التشرذم الاجتماعي ، والإفساد في الأرض .

لمن حق النسب ؟

النسب حق من الحقوق الشرعية التي لا يصح للزوجين أن يتفقا عند عقد
الزواج على نفيه ، لكنه ليس حقاً خالصاً لله حق يكون محضاً له ، بل هو
مشترك بين الله تعالى ، وأطراف النسب وهم الأب والأم والولد .

أما وجه كونه حقاً لله : فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع ، يقول
صاحب المحيط البهيماني مطلقاً ذلك : « إنه يتضمن حرمة كلها لله تعالى :
حرمة المرأة وحرمة الأمومة والأبوة ، ومعنى حرمة المرأة أنه لا يحل
مخالطتها إلا بطريق الزوجية أو ملك اليمين » ، وبهذا لا ينسب الولد إلا لمن
خالطها على أحد الزوجين السابقين - وحرمة الأبوة والأمومة أن الله تعالى
أوجب حقوقاً تجب مراعاتها ، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على
الأنساب ، وفضلاً عن ذلك فالنسب من الروابط الوثيقة التي تربط المجتمع
بعضه ببعض ، فما المجتمع إلا مجموعة من الأسر ، والأسرة أساس المجتمع .

(١) والعاهر هو الزاني ، يقال عهر أي زنى - ومعنى الحديث : أن من يهر من الأولاد
ثمرة للفراش صحيح قائم على عقد زواج أو ملك يمين ينسب إلى أبيه . وإن الزنا لا يصلح أن
يكون سبباً للنسب . ومعنى أن الزاني له الحجر قيل : المراد الحلية أي لا شيء له في الولد .
وكانت العرب تقول له الحجر وبقيته القراب يريدون ليس له إلا الحلية . وقيل إن المراد بالحجر
أنه يرجم بالحجارة إذا زنى . وهو مردود بأنه لا يرجم بالحجارة كل زان إنما يرجم المحصن
فقط وقيل يحتمل أن يراد بقوله « وللعاهر الحجر » أنه لا شيء له من الولد ولا يحصل له من ذلك
الزنا غير طرده بالحجارة .

وبما يشهد لكون النسب حقاً من حقوق الله تعالى أنه تقبل الشهادة فيه حسبة . « أي من غير أن تكون هناك دعوى من المدعي » .

وأما كون النسب حقاً للأُم : فيظهر في أن من حقها صيانة الولد من الضياع ، ودفع تهمة الزنا عن نفسها ، ولهذا صلحت الأم أن تكون خصماً في دعوى نسب ابنها من أبيه ما دام في يدها ، لا فرق بين أن تكون الدعوى مجردة خالصة ، وبين أن تكون ضمن دعوى أخرى كنفقة أو حضانة .

فإن لم يكن الولد في يد الأم لكونه بلغ سن زوال حضانتها عنها ، فلا تصلح خصماً في دعوى نفقة الابن على أبيه ، لانعدام صفتها بزوال يدها ، لكنها تصلح خصماً في دعوى نسب الولد المجرده ، لأنها صاحبة مصلحة حقيقية في إثبات نسب ولدها من أبيه لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، فكونها أما للولد كاف في اعتبارها ذات صفة في دعوى النسب التي لها ارتباط وثيق بالأمومة .

وأما كون النسب حقاً للأب فدليله : أنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت الولاية له على الولد ما دام صغيراً ، وحق ضم الولد إليه عند انتهاء حضانة النساء له ، وحق إرثه إذا مات الولد قبله ، وصلاحيته لأن يكون خصماً في دعوى النسب منه ، وكذلك يترتب على ثبوت نسب الولد من الأب أن ينفق الابن على أبيه ، إذا كان محتاجاً ، متى كان الابن قادراً على الكسب .

وأخيراً فالنسب حق للولد لاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه ، بكونه ولد زنى ، ولأن ثبوت نسبه ، يستلزم للولد حقوقاً منها حق النفقة ، وحق الرضاع ، وحق الحضانة ، وحق الإرث ، وغير ذلك من الحقوق التي أثبتتها له الشرع ، كما أثبتتها له القوانين الأخرى .

ثبوت النسب من الأم ،

يثبت نسب الولد من أمه بالولادة ، ولا يتوقف على شيء آخر ، ولا فرق

بين أن تكون الولادة من زواج صحيح ، أو من زواج فاسد ، أو من سفاح ، أو وطء بشبهة كمخالطة الرجل لامرأة زفت إليه ، وقيل له إنها زوجته ، وليست هي الزوجة ، أو مخالطة مطلقة ثلاثاً في عدتها .

أما ثبوت النسب من الأب ففيه تفصيل طويل يحتاج إلى بيان المقدمات التي تسبق وجود الولد على قيد الحياة وفي الوجود الخارجي . وأهم هذه المقدمات : الحمل ، والولادة . أما الولادة فينقسم الكلام عنها إلى : طرق إثبات دعواها ، وإثبات شخصية المولود وتعيينه .

أولاً : الحمل ومدته :

تتفق كلمة الفقهاء على أن أقل مدة ينزل الجنين بعدها من بطن أمه متميز الأعضاء حياً ستة أشهر ، باعتبار أن الشهر ثلاثون يوماً ، فالمدة (١٨٠) يوماً . وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ، وقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فقد دلت الآية الأولى على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهراً ، ودلت الآية الثانية على أن مدة الرضاع حولان ، وبضم الآيتين إلى بعضها وإسقاط مدة الرضاع ، يكون الباقي للحمل ستة أشهر ، ويشير إلى ذلك ما روي أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لسته أشهر ، فهم عثمان رضي الله عنه أن يرجعها ، فقال عبد الله بن عباس : أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم « غلبتكم » ، قال الله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ، وقال سبحانه « وفصاله في عامين » . فإذا ذهب للفصال ، وهو الفطام ، عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فأخذ عثمان بقوله ، ودرأ عنها الحد وأثبت للنسب من الزوج ^(١) . ومذهب الإمامية أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وغالبها تسعة ، وأكثرها سنة في قول بعضهم ^(٢) .

(١) المبسوط ج ٦ ص ٤٤ . البدائع ج ٣ ص ٢١١ . السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٤٢ .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٥ .

ومع أنه ورد في أقل الحمل الايتان السابقتان والأخر، لم يرد شيء في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يوقف على أقصى مدة الحمل . الأمر الذي جعل آراء الفقهاء تتضارب وتتصارع، وتختلف اختلافاً كثيراً ، فمنهم من يرى أن أقصى مدة الحمل سنتان وم الحنفية . ويستدلون لذلك : بقول عائشة رضي الله عنها « الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مفزل » وفي رواية الدارقطني والبيهقي في سننها عن عائشة قالت « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المفزل »^(١) ، قالوا والظاهر أن عائشة قالت سمعاً من الرسول ، لأن العقل لا يمتدني إلى إدراك ومعرفة المقادير ، وهذا يكون للحديث حكم الرفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويصح الاحتجاج به .

ومن الفقهاء من يرى أن أقصى مدة الحمل أربع سنين وم الشافعي^(٢) وظاهر مذهب الحنابلة وحجتهم على ذلك : ما روى أن الوليد بن مسلم قال لمالك بن أنس : أفي حديث عن عائشة أنها قالت : لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مفزل ؟ فقال سبحانه الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين^(٣) . كما استدلوا بمدة وقائع منها ما قيل إن الضحاك ولدته أمه لأربع سنين ، كما أن عبد العزيز بن الماجشون ولدته أمه لأربع سنين^(٤) وهذا القول أيضاً هو المشهور عند المالكية . وهناك قول في المذهب يقدرها بخمس سنين وقول ثالث يقدرها بست ، وقول رابع يقدرها بسبع سنين^(٥) .

-
- (١) قال في النهاية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠ أي يقدر ظل مفزل حال الدوران . والفرق منه لتقليل المدة . فإن ظل المفزل حال الدوران أسرع ذوالاً من سائر الظلال .
 (٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٣٠ المغنى ج ٩ ص ١١٦ .
 (٣) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠ . السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٤٢ .
 (٤) المبسوط ج ٦ ص ٤٥ .
 (٥) حاشية الدرر على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣١٠ .

ونقل صاحب معني الحائلة ، هو ابن قدامه : أن عمر ضرب لامرأة المفقول
أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل ، وروى ذلك عن عثمان وعلي
وغيرهما .

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد^(١) ، وقال محمد بن الحكم من فقهاء المالكية أقصى
مدة الحمل سنة قمرية ، وقال داود ستة أشهر ، وقال ابن حزم في المحلى^(٢) أقصى
مدة الحمل تسعة أشهر ، ونسبه إلى عمر رضي الله عنه . ومذهب الجعفرية في
أقصى مدة الحمل فيه اختلاف . فقال أكثرهم إنها تسعة أشهر . وقال بعضهم :
عشرة أشهر ، وبعض آخر : سنة كاملة ، وأجمعوا بكاملهم على أنها لا تزيد
ساعة عن سنة واحدة . فإذا طلقها الزوج ، أو مات عنها ، ثم ولدت بعد
سنة ولو ساعة لم يلحقه الولد ، لقول الصادق : « إذا طلق الرجل زوجته ،
وقالت : أنا حبل ، وجاءته به لأكثر من سنة ولو ساعة ، واحدة لم تصدق في
دعواها »^(٣) .

فلك آراء الفقهاء في أقصى مدة الحمل ، وبعض أدلتهم ، إذا تأملناها نجد
أنها من الضعف بمكان لأن أكثرها مبني على وقائع جزئية ، لا تقوى على إثبات
تقدير صحيح مستقر لمدة أقصى الحمل . كما أنها لا تسلم من الخطأ ، فغاية ما
تقيده أن حيض بعض النساء قد انقطع لمدة أربع سنوات ، ثم جاءت المرأة
بعدها بولد ، وهذه الإفادة لا تثبت قطعاً أن المرأة كانت حاملاً طول مدة
انقطاع الحيض ، فإنه ليس من المستبعد بل من الجائز أن يكون قد امتد الطهر
بالمرأة سنتين أو أكثر ، ثم بعد ذلك حملت ، وولدت لأقل من سنتين . وذلك
يحدث لكثير من النساء ، فإن زعموا أن وجود الحركة في البطن يدل على الحمل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢١٦ .

(٣) راجع كتاب الجواهر وكتاب المسالك وسائر كتب الشيعة ، والأحوال الشخصية للشيخ

جواد مغنية ص ٧٩ .

نقول لهم إن وجود حركة في بطن المرأة لا يكون قاطعاً في كون المرأة حاملاً ، لجواز أن يكون ذلك ناشئاً عن غير الولد .

أما الاستدلال بأمر عثمان الذي استند إليه الحنفية فضعيف أيضاً من جهة أن تحديد هذه المدة ، وإن كان لا يدرك بالعقل ، إلا أنه قد يدرك بإخبار النساء ، ومشاهدة أحوالهن ، وبهذا لا يكون قول السيدة عائشة مبنيًا على سماع من الرسول عليه السلام ، ثم كذلك ليس من المستبعد أن يكون ذلك القول منها رأياً لها ، وحينئذ لا يصح الاحتجاج به على أنه حديث مرفوع .

وأرى رأي ابن رشد في أن الأمر يرجع إلى العادة والتجربة ، دون النادر الذي يكاد يكون مستحيلاً وهو أن تكون أقصى مدة الحمل سنة شمسية . يقول ابن رشد بعد حكايته المذاهب : وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة ، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً ، (١) .

وإن الناظر الفاحص للمحظ أن الأقوال في المسألة بنيت التقديرات فيها على مسائل واقعية ، ولكن الواقع الحاضر لا يؤيد قولاً منها ، فإن الغالب أن مدة الحمل هي تسعة أشهر ، وجرت العادة بذلك ، وقلما أن نسمع أن امرأة ولدت لسنة أو لسنة أشهر ، ومن هنا لجأت وزارة العدل في مصر إلى الطبيب الشرعي عندما وجدت بعض النساء اللاتي لا خلاق لهن تدعين نسب أولاد غير شرعيين ، اعتماداً على ما قرره فقهاء الحنفية من تقدير أقصى مدة الحمل بستين ، فقرر الطبيب أن أقصى مدة الحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوماً) . وذلك ليشمل جميع الحالات النادرة ، ولا شك أنه حكم لا يتجافى مع الشريعة الإسلامية ، كما هو مأخوذ من قواعدهما ، وعلى وفق مبادئها المقررة ، التي منها أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول أهل المعرفة والنظر ،

والحق أن الأطباء الاخصائيين في مثل هذا الأمر، هم أهل البصر والمعرفة فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك (١).

ثانياً - الولادة

من المعلوم أن نسب الطفل يتوقف ثبوته على أمرين ١ - تحقق الولادة .
٢ - تعيين المولود .

أما إثبات الولادة :

فيظهر ذلك فيما إذا ادعت امرأة ولادتها لطفل قائلة : إنها ولدته ، فانكر الزوج عليها قولها ذلك قائلاً : إنها لم تلد ، وأن هذا الولد التي تدعي ولادته إنما هو لغيره (٢) . وحكم ذلك أنه .

إذا صدقها الزوج في دعوتها فإن ولادتها تثبت ، أما في حال الإنكار

(١) وإن من بقى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢ لسنة ١٩٢٩ يجدها تتكلم بصدد المادة الخامسة عشرة التي تنص على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد . ولا لولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها . ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » فتقول ما نصه :

« ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب - بلبا على رأيهم في أقصى مدة الحمل . ولم يبن أغلبهم رأيه في ذلك إلا على إخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأي حنيفة بني رأيه في ذلك على أثر ورود عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان . وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة . فلم تر الوزارة ما فاعل من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكنها فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى عند التشريع أن يعتبر أقصى مدة الحمل (٣٦٥ يوماً) - حق يشمل جميع الأحوال النادرة . وبهذا عدلت المحاكم عن العمل بذهب أبي حنيفة في تحديد أقصى مدة الحمل . وأخذت بما جاء في المادة السابقة . ولم تسمع دعوى النسب عند الإنكار لولد الزوجة إذا جاءت به بعد سنة من غيبة الزوج . أو من وقت الطلاق أو الوفاة في المطلقة والمتوفى عنها زوجها » .

(٢) القبط هو المولود الذي يطع أهله بعد ولادته خوفاً من الفقر أو فراراً من تهمة الزنا . أو لغير ذلك .

يختلف الحكم تبعاً لحالة المرأة . لأنها إما أن تكون زوجة ، أو معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن أو معتدة من وفاة : ونبين حكم كل حالة من تلك الحالات الأربع .

أولاً : إذا كانت المرأة التي تدعي الولادة زوجة للرجل المنكر ، فإما أن يكون قد سبق من الزوج اعتراف بالحمل ، أو لم يسبق . وإما أن يكون الحمل ظاهراً في وقته بحيث يعرف كل من يراها أنها حامل ، أو لا يكون ظاهراً .

ففي حال ظهور الحمل أو سبق اعتراف الزوج به ، فأمر حنيئة تثبت الولادة عنده بقول المرأة التي ولدت من غير حاجة إلى شهادة من غيرها ، قال بذلك لأن الحمل (المفضى إلى الولادة) ثابت بظهور أماراته ، أو الاعتراف من الزوج به ، فيثبت ما يفضي إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها من غير توقف على شيء آخر .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا تثبت الولادة إلا إذا شهدت امرأة من أهل العدالة بها كالعاقلة (المباشرة للولادة) ولمحوها وحجتهم : أن الولادة لا بد من إثباتها حيث أنكر الزوج ادعاءها .

فإن لم يسبق اعتراف من الزوج بحمل المرأة ، أو لم يكن ظهور للحمل في وقته ، فاتفق الحنفية على عدم ثبوت الولادة بقول الزوجة ، بل لا بد من أن تشهد بها امرأة من أهل العدالة . وسندهم أن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء عادة . ومن القواعد المقررة في الفقه : أن شهادة النساء تقبل وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال من المسائل كالبركارة والنيوبة وعيوب النساء والولادة . فلهذا لا تشترط الشهادة الكاملة في إثبات الولادة هنا ، لأن في اشتراطها نقض لما هو مقرر وثابت فقهاً ، وإيقاع للناس في الحرج ، الذي هو مدفوع بنص كتاب الله تعالى حيث يقول سبحانه : وما جعل عليكم في الدين من

حرج . وما يؤيد ذلك ما قاله ابن شهاب الزهري : « مضت السنة يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن » .

هذا ويقوم مقام المرأة الطبيب الذي باشر الولادة ، أو أي رجل آخر قد شاهد ولادتها لا عن عمد .

وقال مالك وابن أبي ليلى : تثبت بشهادة امرأتين واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء . وقال الامامية : إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجعدها الزوج تثبت بشهادة أربع من النساء أو بشهادة رجل وامرأتين أو رجلين .

ثانياً إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بانن ، بيدونة صغرى أو كبرى ، وولدت ولدأ في أقل من سنتين « وهي المدة التي قال الحنفية أنه يثبت نسب الولد فيها ، فأنكر الزوج ، فذهب أبي حنيفة ثبوت الولادة بقول المرأة إذا كان هناك حمل ظاهر ، أو اعتراف من الزوج به ، ولا يحتاج ثبوتها إلى شهادة خارجية ، لأن الحمل ثابت بظهوره أو بالاعتراف به فيثبت ما يفرض إليه وهو الولادة ، فإن لم يكن شيء من ظهور حمل ، أو اعتراف من الزوج ، فلا تثبت الولادة عنده إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، وحجته على ذلك أن الشهادة في هذا الحمل وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنه سيقرب عليها ثبوت النسب من الزوج المطاوع ، وثبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن الزواج قد انقطع بسبب انتهاء المدة باعترافها بالولادة ، فاعتبرت بذلك أجنبية فيشترط كال الحجة لثبوت نسبها .

وقال أبو يوسف ومحمد : تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل الدلالة كالغابلة وغيرها ، سواء كان هناك حمل ظاهر ، أو اعتراف من الزوج ، أو لم يكن ، وهذا لأنه في حال الاعتراف السابق بالحمل ، أو ظهور الحمل يوجد الإنكار للولادة ، فلا بد من إثباتها ، وتكفي شهادة المرأة ، أما في حال عدم الاعتراف فلأنها شهادة على الولادة التي ينكرها الزوج ، وليس ثبوت

النسب مقصوداً منها ، فإن ثبوته قائم بقيام المدة ، فإذا أدت المرأة بولد وهي معتدة يثبت نسبه من الزوج من غير توقف على شهادة ، وإذا كانت شهادة على الولادة يكتفى فيها بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام الزوجية ، وقولهما هذا هو الراجح

ثالثاً : إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجمي فيكون حكمها كحكم ولادة الزوجة القائم زوجيتها على أحد الرأيين عند فقهاء الحنفية ، ووجهه أن الزواج بعد الطلاق الرجمي قائم من كل وجه ، لأنه يحل المطلق الوطء ودواعيه ، وعلى هذا يكون حكم النزاع في الولادة بعد الطلاق الرجمي كحكمه في حال الزواج .

وهناك آخر قول للحنفية هو أنها تعتبر كالمعتدة من طلاق بائن فلا يكفي لإثبات الولادة عند إنكارها لإنصاب الشهادة الكامل (١) .

رابعاً : إذا كانت المرأة في عدة وفاة فجاءت بولد قبل مضي سنتين من وقت الوفاة ، وأنكر الورثة الولادة يكون حكم هذه الحالة كحكم المرأة المعتدة من طلاق بائن ، فإن كان الحبل في وقته ظاهراً ، أو ثبت أن الورثة أو بعضهم كانوا قد اعترفوا به في وقته تثبت الولادة بقول المرأة عند أبي حنيفة ، وإن لم يكن الحبل ظاهراً أو لم يعترف به أحد من الورثة فيشترط عنده شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

أما مذهب الصاحبين فتثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة على كل حال . وملهب الإمامية : إذا ادعت معتدة الطلاق الرجمي أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة للسعة أشهر فما دونها من وقت الوطء وجعلها الزوج أو الورثة فلا تثبت إلا بحجة ثامة ، وهي أربع نسوة ، أو رجل وامرأتان ، أو رجلان .

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٦ . ابن عابدين ج ٢ ص ٦٤٢ . بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١٧

تعيين المولود :

إذا كان النزاع غير متوجه إلى الولادة بل متوجه لتعيين الولد المولود ، بأن ولدت المرأة ولداً فإنكر الزوج أو ورثته بعد وفاته شخصية المولود ، بأن قالوا : إن المرأة ولدت أنثى . والمرأة تدعي أنه مذكر . ففي تلك الحالة لا يحتاج في تعيين المولود إلى الشهادة الكاملة ، بل يكتفي في تعيينه بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة ، أو شهادة الطبيب المباشر للولادة ، على هذا الحكم اتفق فقهاء الحنفية ، مستدلين على ذلك بما روى الدارقطني عن حذيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، وبما روى ابن شهاب الزهري . مضت السنة يحوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من ولادة النساء وعيوبهن ، ولأن تعيين المولود بعد الولادة من الأمور السهلة التي لا تحتاج إلى شهادة كاملة ^(١) ، واشترط مالك وابن أبي ليلى شهادة امرأتين ، واشترط الشافعي شهادة أربع من النساء .

وقال الامامية : لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة أربع من النساء ، أو بشهادة رجل وامرأتين أو ، جلين . وكذا إذا أقر الزوج أو الورثة بالجل ، أو كان الجل ظاهراً غير خاف وحججوا تعيين الولد يثبت بحجة تامة بما ذكر ، ولا يثبت بشهادة القابلة وحدها .

(١) راجع كتاب القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٢٩٨ .

أسباب ثبوت النسب

قدمنا أن الولادة سبب ثبوت نسب الولد من أمه ، فحق ولدت المرأة ولداً ثبتت نسبته منها . على أي حال ، سواء كان مجيء الولد عن طريق حلال أو حرام .

أما ثبوت النسب من الرجل ، فله أسباب متعددة منها :

- ١ عقد الزواج صحيحاً كان أو فاسداً .
- ٢ الاتصال بالمرأة بناء على شبهة .
- ٣ مخالطة الرجل جاريتة التي يملكها ملك يمين .

النسب عند قيام عقد الزواج الصحيح :

إذا تزوج الرجل امرأة زوجاً صحيحاً مستوفياً شرائطه وأركانها ، ثم جاءت الزوجة بولد بعد العقد وحال قيام الزوجية ، فإنه يثبت نسب هذا الولد من الزوج من غير حاجة إلى اعتراف صريح منه أو إقامة بينة على البينة ، وهذا إذا توفرت الشروط التي سنذكرها ، لقوله عليه السلام : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(١) ، فإن معناه أن الولد الذي تلده المرأة يلتحق بنسبه بمن يحمل له شرعاً الاتصال بها اتصالاً جلياً ، وهو الزوج ، أو السيد المالك للأمة ، لأن المراد في الفراش في الحديث : المرأة التي يحمل للرجل شرعاً أن يستمتع بها وهي الزوجة ، أو الجارية المملوكة بملك اليمين أو تعين المرأة للولادة لشخص واحد

(١) رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة . وفي لفظ البخاري « الولد لصاحب الفراش والعاهر هو الزاني وله الحجر أي يبرء بالحجية . كما تقول العرب : بغيه القراب . يريدون ليس له إلا الحجية . وقيل معناه أن له عقوبة الرجم بشرطها المقررة شرعاً .

وقد ثبت اللبس في هذه الحالة من غير احتياج إلى اعتراف أو بينة ، لأن الزوجة مقصورة على زوجها في حق الاستمتاع ، ويحرم عليها تمكين غيره منها . وذلك يستتبع أن يكون كل حل تحمله الزوجة يعتبر من زوجها ، وحلأ لحال المسلمين على الصلاح ، ولا اعتبار لكونه يحتمل أن يكون الحمل من غير الزوج ، ولا يخفى ما في ذلك من إحياء للأولاد ، والحفاظ على الأنساب والستر على الأعراض .

فروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح ،

أولاً - إمكان حمل الزوجة من الزوج ، وذلك يتحقق بأمرين :

أولهما : أن يكون الزوج ممن يتصور منه الإحبال عادة ، بأن يكون بالغاً ، أو مراهماً على قرب البلوغ ، وهو من بلغ اثنتي عشرة سنة ، وإن لم تظهر عليه أمارات البلوغ ، فإن كان الزوج صغيراً غير بالغ ولا مراهماً ، وجاءت زوجته بولد ، فإن نسب هذا الولد لا يثبت منه ، لعدم إمكان الحمل منه ، إذ أنه في تلك الحال لم يكن بذواجها فرائشاً يثبت اللبس به .

ثانيهما : إمكان تلاقى الزوجين بعد العقد ، وقد اختلف الفقهاء في المراد بهذا الإمكان وهل هو البطلي أو العادي ؟ فقال الأئمة الثلاثة : إنه الإمكان العادي لندرة الإمكان العقلي . ومبنى الأحكام على الكثير الغالب لا القليل النادر ، وقال الحنفية : المراد الإمكان العقلي ، فإذا تزوج رجل امرأة ولم يتلاقيا بعد العقد ، أو لم يكن في الإمكان تلاقيها عادة ، ثم أتت بولد بعد مضي المدة المقررة شرعاً ، لا يثبت اللبس شرعاً عند الأئمة الثلاثة ، وعند الحنفية يثبت اللبس ، حتى إنهم قالوا : لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة ، فولدت لسته أشهر منذ تزوجها ثبت النسب ، لأن التقاء الزوجين وإن كان لا يمكن عادة ، إلا أنه يمكن عقلاً . لاحتمال أن يكون الزوج من أصحاب الكرامات ، الذين تطوي لهم المسافات البعيدة (١) .

واشترط ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الدخول الحقيقي بالمرأة ، لثبوت

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٧ .

نسب الولد ، يقول ابن القيم ، وهل يمد أهل اللغة والعرف المرأة فراشاً قبل البناء بها ، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ، ولا دخل بها ، ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد قطع بانتفائه عادة ، فلا قصير المرأة فراشاً إلا بدخول محقق (١) .

وقد رد هذا القول الشوكاني قائلاً إن معرفة الوطء المحقق متسرة ، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب ، وهي محتاط فيها ، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط .

وقد حكى الكيال ابن الهام في فتح القدير : إن بعض المشايخ يقول إن قيام الفراش ، يعني الزواج الصحيح ، كاف في ثبوت النسب ، ولا يعتبر إمكان الدخول ، بل العقد قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية ، ثم عقب على ذلك بقوله ، والحق أن تصور اتصال الرجل بالمرأة شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء .

ثانيها : أن تكون ولادتها للولد بعد مضي مئة أشهر من وقت العقد ، أما إذا ولدت الزوجة ولداً لأقل من مئة أشهر من حين العقد الصحيح عليها ، فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش ، لأن هذه المدة هي أقل مدة يحتاج إليها الجنين حتى يولد حياً ، فإذا جاءت بالولد قبل مضي هذه المدة بعد عقد الزواج ، كان ذلك دليلاً على أن الحمل به قد حدث قبل الزواج فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه (٢) ، وأقر الزوج بأنه ابنه ، ولم يصرح أنه من الزنى ، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالإقرار منه لا بالفراش ، فعامله بإقراره ، ونصح له هذا الإقرار باحتمال أنه كان تزوجها سرّاً قبل الزواج العلني ، أو

(١) فيل الأوطار ج ٢ ص ٣٢٦ وأنظر الزيلعي ج ٣ ص ٤٣ وقد ورد في حاشية الشلي عليه ص ٢٩ تفسير الكرخي للفراش بأنه العقد ، كما أورد تفسير الفراش في فصل المحرمات بأنه كون المرأة بحال لم جاءت بولد يثبت نسبه منه .

(٢) الدعوة بكسر الدال مع التشديد في ادعاء الرجل أن الولد ابنه ، وهي بفتح الدال في غير النسب .

أنه دخل بها بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة ، فحلت منه قبل المقد العلفي ، كل هذا لأن النسب مما يحتاج في إثباته ، بل مما يحتاج لإثباته ما أمكن سراً للأعراض ، وحل حال الناس على الصلاح .

فإن ولدت المرأة لستة أشهر فأكثر بعد زواج صحيح ، ثبت نسب الولد من الزوج سواء أقر الزوج بالبنوة أو سكت ، ولا يحتاج إلى إثبات آخر ، كل هذا متى توفر الشرط السابق بشككته ، وهما : كون الزوج بالغاً أو مراهقاً يمكن الحمل منه ، ولا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين . ولا ينتفى الولد بمجرد نفيه إنما يلتقي نسبه منه بشرطين :

الأول . أن يحدث النفي للولد حين الولادة ، أو وقت شراء ما يلزمها ، أو في أيام التهئة المعتادة بالولادة ، إذا كان الزوج حاضراً ، أو يحدث النفي وقت علمه بالولادة ، إذا كان غائباً

أما إذا لم ينفه في المدة المذكورة ، فإن سكوته يعتبر إقراراً بالنسب منه ، فلو نفاه بعد ذلك لا ينتفى نسبه منه ، وكذلك لا يلتقي لو صرح بأن الولد منه ، ثم بعد ذلك نفاه .

وعند الجعفرية ، إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح لتام ستة أشهر فصاعداً إلى أقصى مدة الحمل من حيث الوطء ثبت نسبه من الزوج ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من تسعة أشهر منذ وطئها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاء ولم يقل إنه من الزنا ولم يعلم كذبه . والظاهر من هذا أن لا فرق في ذلك عندهم بين الزواج الدائم والزواج المنقطع (المتعة) .

وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة فقالت الزوجة قاربتي لأقل من ستة أشهر فالولد لك ، فقال هو بل قاربتك لأقل من ستة أشهر ، فالولد لغيري ، قال أبو حنيفة تصدق هي ويعمل بقولها بلا بين . وقال الجعفرية : إن كانت هناك وقائع وقرائن تدل على قولها ، أو قوله عمل بحسبها ، وإن فقدت الأدلة ، واشتبهت الحال أخذ القاضي بقولها بعد أن يحلفها اليمين على

أنه قاربها منذ ستة أشهر والحق الولد بالزوج (١) .

الثاني ، أن يحري اللعان بينه وبين زوجته

وهو شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة من جانب الزوج باللعة ، وبالقضب من جانب الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنى في حقها ، يؤدها الزوجان أمام القاضي .

وصورته ، قد نطق بها القرآن الكريم في قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » (الآيات ٦، ٧، ٨، ٩ من سورة النور) فقد أفادت هذه الآيات أن كلا من الرجل والمرأة يشهد أمام القاضي أربع مرات ، يؤكد في كل منها شهادته باليمين بالله تعالى .

يقول الرجل : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى الولد ، ويقول في المرة الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به . ثم تقول المرأة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفى الولد . وتقول في المرة الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به .

فإذا تم اللعان بين الرجل وزوجته على الصورة السابقة ، فرق القاضي بينهما ، ويكون هذا الطلاق طلاقاً باتناً عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يحمل له أن يتزوج بها إلا أن يكذب نفسه ، أو يكون منه أو من الزوجة ما يزيل أهلية الشهادة ، وقال أبو يوسف إن هذا التفريق يوجب حرمة مؤبدة فلا يحمل الزواج بينهما بحال .

أما الولد فينفي نسبه من الزوج ، ويكون أجنبياً عنه في النفقة والإرث ،

(١) راجع الدور فرج النورج ١ ص ٢٠٧ . والوسيلة الكبرى للسيد أبو الحسن باب الزواج فصل الأولاد . والأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٧٧ . والأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية للعلل ص ٨٥ .

بعد أن يفرق القاضي بينهما ، أما قبل تفريق القاضي بعد اللعان ، فيثبت التوارث بينهما ما لم يكن مانع آخر

ومذهب الجعفرية : أنه إذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من إمكان الوطء عادة فلا ينتفى إلا إذا نفاه في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها ، ولا يضر التأخير بمقدار السعي إلى المحاكم ونحوه مما لا ينافي الفورية ، كما لا يضر التأخير لعذر كحبس أو مرض - وإذا كان الزوج غائبا عن الولادة فحالة عله كحالة ولادتها ، وله نفى الحمل قبل وضعه إذا تحقق ، ولو أمسك عن نفية حتى وضعت جاز له نفية بعد الوضع ، ولا يكون سكوته عنه وهو حل مثبتا لنسبه منه . وبعد النفي يتلاعن الزوج مع المرأة لدى الحاكم متى توفرت شروط اللعان السابقة في الزوجين فإذا استجمعت الشروط وتلاعنا يفرق الحاكم بينهما ، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحقه بأمه . وإن لم يتلاعنا ، أو لم تتوفر فيها أهلية اللعان فلا ينتفى نسب الولد . وكذا إذا كذب الزوج نفسه قبل اللعان ، أو في أثناءه ، أما لو كذب نفسه بعد اللعان لحقه الولد فيها عليه لا فيها له فيرث الولد . ولا يرثه ولا من يتقرب به .

فإذا كان الزواج رواج متمع فلا يحري اللعان بين الزوجين لأن الشرط في إجراء اللعان عند الجعفرية أن يكون المعقد دائما .

وأما موقف القانون المصري من ذلك فالمادة الخامسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ ، فتقضي بمنع القضاة من سماع دعوى النسب للولد في حالة الإنكار ، إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوج وزوجته من حين المعقد إلى الولادة ، كإقضي القانون بمنع القضاة أيضاً من سماع دعوى نسب الولد ، إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها .

وعلى هذا إذا ولدت المرأة التي لم يلتق بها زوجها من حيث المعقد إلى الولادة ، فإن اعترف زوجها بالولد ثبت نسب منه ، وإن أنكر الولد ورفعت الأمر إلى القضاء ، كان للمحكمة أن تسمع هذه الدعوى وتسير في إجراءاتها ، إلا إذا أقام الزوج الدليل على أنه تزوجها بالتوكيل أو المراسلة مثلاً ، وأنه منذ تزوجها على هذا الوجه لم يحصل لقاء بينهما ، فحينئذ ترفض

دعوى الزوجه ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملاءمة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة على إثبات النسب ، ولا توجيه اليمين إلى الزوج عند عجزها عن الإثبات .

أما الزوجة التي عاشرها زوجها مدة ، ثم غاب عنها ، فإنها إذا ولدت بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، فيثبت نسب الولد إن اعترف الزوج به ، فإن أنكر نسبه رفعت المرأة الأمر إلى القضاء ، فإن أثبت الزوج أنه كان غائبا عنها ، طوال هذه المدة ، ولم يحصل لقاء بينها رفضت المحكمة الدعوى ، وإن عجز الزوج عن إثبات ما ادعاه ، فالمحكمة تسمع الدعوى وتسير في إجراءاتها

وظاهر أن هذا القانون يسير جنبا إلى جنب مع مذهب الأئمة الثلاثة غير الحنفية ، فإنهم يشترطون إمكان التلاقي إمكانا عاديا لا عقليا ، لثبوت النسب بالمقد الصحيح ، وحيث ثبت عدم التلاقي بينها أو كان غير ممكن عادة لا يثبت النسب به

ولكن هل تعرض القانون لأصل الموضوع فصص على ثبوت النسب أو عدم ثبوته؟ إلا إنه لم يتعرض لذلك ، وكان في الإمكان أن يقرر صراحة أنه لا يحكم بثبوت نسب الوالد في الحالتين ، أما بالنسبة لمن غاب زوجها عنها سنة ، فيمكن أن يبنى الحكم فيه على رأي محمد بن الحكم المالكي المتقدم ، وبالنسبة للزوجة التي لم يحدث تلاقى بها من الزوج فيمكن أن يبنى الحكم فيه على رأي غير الحنفية ، ولعل المعنى الذي صرف القانون عن النص على عدم ثبوت النسب هو أنه لا يريد أن يوصد الباب أمام الزوج بل ترك له ثغرة ينفذ منها إذا ما أراد أن يدعى نسب الولد بعد ذلك . كما أن في صنيع القانون ما يبعد تهمة الزنى عن الأم

نسب ولد زواج المتعة :

زواج المتعة زواج إلى أجل معين ، وهو عند الشئمة كالزواج الدائم لا يتم

إلا بعقد صحيح ، دل على قصد الزواج صراحة ، وكل مقاربة تحصل بين رجل وامرأة من دون عقد ، فلا تكون متعة حتى مع التراضي والرغبة ، لكن متى تم العقد كان لازماً يجب الوفاء به .

ولا بد في عقد المتعة من ذكر المهر ، وهو كهر الزوجة الدائمة ، ويسقط نصفه بهبة الأجل أو انقضائه قبل الدخول ، كما يسقط نصف مهر الزوجة الدائمة بالطلاق قبل الدخول - وعلى المتمتع بها أن تعتد بعد انقضاء الأجل كالمطلقة غير أنها تعتد بحيضتين ، أو خمسة وأربعين يوماً ، وعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام كالزوجة الدائمة ، سواء حصل دخول أو لم يحصل .

وولد المتعة ولد شرعي ، له جميع ما للأولاد الشرعيين من غير استثناء لحق من الحقوق الشرعية والأخلاقية ، ولا تراث الزوجة المتمتع بها من تركه الزوج ، ولا تجب لها النفقة على الزوج ، لكن للزوجة المتمتع بها أن تشترط على الزوج ضمن العقد النفقة والميراث ^(١) .

النسب في الزواج الفاسد ^(٢) :

يأخذ النسب في الزواج الفاسد حكم النسب في الزواج الصحيح في حق

(١) راجع كتاب الجواهر . وكتاب الأحوال الشخصية للشيخ جواد مغنية ص ٨٣ .
(٢) قدمنا في قسم الزواج أن الزواج الفاسد هي الذي فقد شرطاً من شروط الصحة ، وأنه لا يترتب عليه أثر من آثار الزواج إلا بالدخول الحقيقي وأن من هذه الآثار ثبوت النسب .
ومن صور الزواج الفاسد : أن يغيب زوج المرأة عنها ، ثم يعلنها أنه طفلها أو قوفي عنها ، فتزوج بغيره بعد انتهاء عدتها منه ، ثم يظهر أن ما بلغها غير صحيح ، أو تدعي أنه طلقها أو مات فتزوج ، ثم يظهر أيضاً عدم صحة دعواها ، بأن يحمي الزوج حياً دون أن يكون قد طلقها ، فما الحكم إن كانت رزقت بولد من الزوج الثاني ، هل يثبت لسهبه منه ، أو يثبت من الزوج الأول ؟

للقهاء أقوال كثيرة منها : أن الأولاد يكونون للزوج الأول ، لأن عقد زواجه صحيح ، وعقد الثاني ظهر أنه فاسد ، لأنها لم تكن محلاً له ، وسواء في هذا أن تكون ولدته لأقل من ستة أشهر أو أكثر من حين العقد الثاني وهذا رأي أبي حنيفة . وقال أبو يوسف أن الولد يكون للزوج الأول إن أنثت المرأة به لأقل من ستة أشهر من حين العقد الثاني . لأنه حينئذ يكون من —

ثبوت النسب ، إلا أنه لا يثبت بالزواج الفاسد إلا إذا دخل الرجل بالمرأة دخولاً حقيقاً ، فإن عقد رجل على امرأة عقداً فاسداً ، ولم يدخل بها لا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة من الزوج .

فإن دخل بها ثم جاءت بولد ، وكان الزوج ممن يتصور أن يكون منه الحمل ، وأنت بالولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر ثبت نسب الولد من الزوج ، لأنه صاحب الفراش ، وإن أنت به لأقل منها ، لا يثبت النسب منه ، لأنه على وجه التأكيد حاصل من زوج سابق .

وقد اختلف الحنفية في احتساب المدة هل يكون من وقت العقد ، أو من وقت الدخول ؟ فأبو حنيفة وأبو يوسف يريان أنها تحسب من وقت العقد قياساً على اعتبارها في الزواج الصحيح ، وقال محمد إنها تحسب من وقت الدخول لا العقد ، لأن الزواج الصحيح يفترق عن الفاسد ، في أن الصحيح يحل به لكل من الزوجين التمتع بالآخر ، والفاسد لا يحل به للرجل التمتع بالمرأة ، ولا يحل للمرأة أن تمكن الزوج منها ، وكذلك الدخول الحقيقي شرط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ، دون الزواج الصحيح ، ومع هذا الفرق كان الزواج الصحيح سبباً لثبوت النسب لكونه مظنة لاتصال الرجل بالمرأة اتصالاً ينشأ عنه الولد عادة ، وإيس الزواج الفاسد كذلك .

فلكل هذا لا يصح أن يقاس الزواج الفاسد على الزواج الصحيح ، ويكون المعبر في ثبوت النسب بالزواج الفاسد هو الدخول ، فيتعين أن يكون احتساب المدة التي يثبت فيها النسب من وقت الدخول ، لا من وقت العقد كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف

— المؤكد أنها حلت منه لا من الثاني . ويكون للثاني إن جاءت به لسة أشهر أو أكثر لاحتمال أن يكون منه . ولأنه صاحب الفراش وإن كان فاسداً . وهذا ما عليه الفتوى . ويقال إن الامام رجع إلى القول به . راجع الدرر وابن هابدين ج ٢ ص ٦١٨ .

فإذا جاءت المرأة بولد بعد ستة أشهر أو أكثر من وقت العقد ، أو من وقت الدخول على الخلاف السابق ثبت نسب الولد من الزوج ، ولا يتوقف على اعتراف من الزوج بنسبه أو أي شيء آخر ، حتى إنه لو نفاه لا ينتفي نسبه عنه ، لأن النسب متى ثبت لا ينتفي إلا باللعان ، واللعان لا يكون - عند الحنفية - إلا في الزواج الصحيح القائم حقيقة كالزوجة ، أو حكماً كالمتدة من رجعي^(١) . هذا قبل التفريق .

فإن حصل التفريق من القاضي أو بالتراضي بعد العقد الفاسد ، وكان ذلك بعد الدخول ثم جاءت المرأة بولد ، فإن جاءت به قبل مضي سنتين من وقت الفرقة أو التفريق ولستة أشهر فأكثر من حين الدخول ثبت نسب من الزوج ، وإن أتت به لسنتين أو أكثر لا يثبت نسب الولد منه . هذا مذهب الحنفية .

وقال الأئمة الثلاثة بالسوية بين العقد الصحيح والعقد الفاسد في ثبوت الفراش فيها بمجرد العقد بشرط إمكان الدخول .

ومذهب الجعفرية : إذا ولدت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل الماتركة أو التفريق ، أو بعدها وكانت ولادتها لتام ستة أشهر فأكثر إلى أقصى مدة الحمل التي هي تسعة أشهر على المشهور من حين وقاعها لا من حين العقد (كذهب محمد بن الحسن من الحنفية) ثبت نسب الولد من أبيه بلا دعوى وليس له نفية ، فإن ولدت لدون ستة أشهر أو أكثر من تسعة أشهر فلا يثبت نسب^(٢) .

وجرى القانون المصري على : أن المرأة إذا جاءت بالولد في خلال سنة شمسية أو أقل من وقت الفرقة ، أو التفريق ثبت نسب من الزوج ، وإن جاءت به لأكثر من سنة واعترف الزوج به ثبت نسب منه ، وإن أنكره

(١) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٣٠ . الفتاوى الحنفية ص ٣٥١ . حاشية ابن عابدين ج ٢

ص ٢٦٢ - ٢٦٣ . فتح القدير ج ٣ ص ٤٧٠ .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٨ .

ورفعت المرأة دعوى تطالب فيها بشبوت نسب الولد من الزوج . فلا تسمع تلك الدعوى ، ولا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعاه

نسب ولد الشبهة (١) :

قدمنا فيما سبق الاتصال الجنسي المبني على شبهة ، وأنه لا يكون زنى ولا مطلقاً بالزنى ، وصورته أن يتزوج الرجل امرأة ثم يوف إلى امرأة أخرى ، فيدخل بها على أنها زوجته ، ويتصل بها اتصالاً جنسياً . ومنها أن تكون المرأة مطلقاً ثلاثاً فيواقعها المطلق في أثناء العدة معتقداً أنها تحمل له . فإذا ألت بولد بعد ان تبين أنها ليست زوجته ، فإن ولدته بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الاتصال ثبت نسبه منه ، لتأكد أن الحمل حدث بعد هذا الدخول ، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر لا يثبت النسب منه ، لتأكد أن الحمل حدث قبل هذا الاتصال ، لكنه إذا ادعاه الرجل ثبت نسبه منه لأنه التزمه ، وله وجه في هذا الالتزام فقد يكون قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى .

فإذا زالت الشبهة وترك الرجل المرأة ، ثم جاءت بولد ، فيكون حكم النسب حينذاك كالحكم فيما لو ولدت المرأة ولداً بعد الفارقة من زواج فاسد .

فإن كان الاتصال بالمرأة ليس قائماً على عقد صحيح ، أو عقد فاسد ، أو شبهة تمحو وصف الزنى عن الرجل . فإن النسب لا يثبت ، فمن زنا بامرأة وجاءت بولد لا يثبت نسب الولد من الزاني ولو أتت به بعد مضي ستة أشهر من وقت الزنى ، لأن الشريعة أهدرت الزنا وأبطلت ما كان عليه أهل

(١) الشبهة أن يقارب الرجل امرأة محرم عليه مع جهله بالتحريم . وهي على قسمين : شبهة عقد ، وشبهة فعل . شبهة العقد أن يجري رجل عقد زواجه على امرأة ، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد . وشبهة الفعل أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينها عقد صحيح ولا فاسد . بل يقاربا غير منقبة إلى شيء أبداً ، أو اعتقد أنها تحمل له ثم تبين العكس .

الجاهلية من اعتباره مثبتاً للنسب ، فقال عليه السلام « الولد للفراش وللماهر الحجر » ، ولأن النسب نعمة من نعم الله تعالى ، والزنى محظور شرعاً ، ولا يعقل أن تنال النعم بارتكاب المحظور .

ومذهب الجعفرية : أن النسب يثبت شرعاً بكل ما يتحقق به الشبهة ، ولو نفى المشقة الولد لا ينفى عنه ، بل يلزم به فهرأ عنه . إذا كانت الشبهة في المحل أو في العقد مع الجهل بالتحريم ، إذ لا شبهة مع العلم به عندهم ، وإنما يثبت النسب إذا جاءت بالولد لسنة أشهر أو أكثر ، بحيث لا تزيد عن تسعة أشهر من حين الوطء ، هذا بعد اعترافه بالوطء ، وكذلك الموطوءة بشبهة الفعل التي زفت ، إلى الواطئي ، وقيل له هي زوجك ، ولم تكن كذلك^(١) .

والزواج الباطل في حكم الزنى في عدم ثبوت نسب الولد ، فإذا دخل الرجل بالمرأة بعد زواج باطل ، ثم جاءت بولد فبأنه لا يثبت نسبه منه ، حتى ولو جاءت به بعد مضي سنة أشهر أو أكثر من وقت الدخول .

وعند الجعفرية : إذا تزوج الزاني مزنيته الحامل من زناه ، فولدت لمضي سنة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسب حملها إرت علم أن الحمل سابق على التزويج ، وإن شك في ذلك أو ظن أنها حامل قبل أن يتزوجها يثبت نسب الولد منه ، وليس له نفيه ، وإذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنى ولم يعلم كذبه .

(١) راجع الأحكام الجعفرية للأحوال الشخصية ص ٨٨ ، والأحوال الشخصية للشيخ جواد مقنية ص ٨٠ فقد قال في ص ٨١ ومها يكن فإن أصول التشريع عند السنة والشيعة ، تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنى ، متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة ، فإذا توفر لدى القاضي تسع وتسمون حشية للحكم بأنه ابن زنا ، وحشية واحدة بأنه ابن شبهة ، وجب عليه الأخذ بهذه الحشية الأخيرة ترجيحاً للحلال على الحرام ، وللصحيح على الفاسد لقوله تعالى « اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم » . وثبت عن النبي بطريق السنة والشيعة « الحدود تدرأ بالشبهات » ، دفع ما يريبك إلى ما لا يريبك » .

النسب بعد الفرقة .

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا جاءت المرأة بالولد في مدة مخصوصة ، وهذه المدة تختلف تبعاً لوجوب المدة على المرأة بعد الفرقة ، وعدم وجوبها ، وتبعاً لنوع الفرقة ، وتبعاً لتقدير أقصى مدة الحمل ، فهذه الأحوال تكون على الوجه الآتي .

١ - إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي .

فإذا أن تكون قد أقرت بانقضاء المدة أولاً ، فإن أقرت بانقضاء المدة ، وكانت المدة تحتل انقضاءها - بأن كانت ستين يوماً على رأي أبي حنيفة وتسعة وثلاثين على قول صاحبيه - ثم جاءت بولد ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ثبت نسبه من المطلق ، لتيقن قيام الحمل وقت إقرارها ، فتكون كاذبة أو مخطئة في ادعاء انقضاء المدة .

وإن أتت به لستة أشهر أو أكثر فلا يثبت نسبه ، لجواز أن تكون حملت به بعد الإقرار بانقضاء المدة ، إلا إذا ادعاء المطلق فيثبت نسبه .

فإن لم تكن أقرت بانقضاء عدتها ، فإنه يثبت نسب ولدها مطلقاً - عند الحنفية - سواء ولدته قبل مضي ستين من تاريخ الطلاق أو لستين أو أكثر ، وهذا لأنها إذا جاءت به لأقل من ستين ، اعتبرت حاملاً بالولد وقت قيام الزوجية في أول المدة ، وإذا جاءت به بعد ستين أو أكثر اعتبر الحمل مبتدئاً في المدة ، ويكون ذلك منه مراجعة ، ويحمل على أن زوجها واقمها بعد الطلاق فيثبت النسب على كل حال .

٢ - إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن

فإن أقرت بانقضاء المدة ، والمدة لمحتمله ثم جاءت بولد ، فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق ، إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار

بانقضاء المدة ، وكانت المدة أقل من سنتين من وقت الطلاق ، لأنه يتيقن حينئذ أن الحمل لم يحدث بعد انقضاء المدة فيبطل إقرارها بانقضائها ، ويظهر كذبها في هذا الإقرار ، وحيث كانت الولادة لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، كان احتمال حدوث الحمل قبله قائماً ، فيحكم بثبوت النسب احتياطاً .

أما إن ولدته بعد إقرارها بانقضاء المدة لسنة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار . لا يثبت النسب ، لاحتمال أن الحمل بالولد قد حدث بعد انقضاء المدة ، وقد تقوى هذا الاحتمال بإقرار المرأة بانقضاء عدتها ، وأيضاً لا يثبت النسب لو حامت بالولد لسنتين أو أكثر من وقت الفرقة بالطلاق ، لأن ذلك يكون دليلاً على أنها حملت بالولد بعد الطلاق .

فإن لم تكن المرأة أقرت بانقضاء عدتها ، فعند الحنفية لا يثبت النسب منه إن جاءت به لأكثر من سنتين ، ويثبت إن جاءت به لسنتين أو لأقل من سنتين ، لأن مذهبهم أن أقصى مدة الحمل سنتان ، فإذا ولدت المرأة قبل مضي سنتين من وقت الطلاق كان احتمال أنها حملت به من الزوج قبل الطلاق قائماً فيثبت النسب ، فإن ولدته لأكثر من سنتين يفتني هذا الاحتمال وييقن من حدوث الحمل بعد الفرقة فلا يثبت النسب ، إلا إذا ادّعاها فيثبت ، ويحمل على أنه خالطها بشبهة (١) .

ومذهب الجعفرية :

أن المطلقة طلاقاً باناً أو رجعيّاً يثبت نسب ولدها من زوجها إن ولدته للسنة أشهر على المشهور وقيل لعشرة أشهر . وقيل لسنة من حين الوطء ، ولم ينفاه لاعتن . وإن ولدته لأكثر من ذلك انتفى بغير لعان ، ولا يجوز له إلحاقه به ولو ادّعاها ألحق به إن لم يعلم كذبه (٢) .

(١) راجع بدائم الصنائع ج ٣ ص ٢١٢ . وقارنه بما في الهداية والفتح ج ٣ ص ٣٠٢ من أن النسب لا يلزمه إلا إذا جاءت به لأقل من سنتين ولكننا نرجح ما جاء في البدائع لأن أكثر مدة الحمل سنتين فيلزمي إلحاقها بما هو أقل منها .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٨٩ .

٣ - إذا كانت المرأة معتدة عن وفاة :

فإن جاءت بولد ولم تكن أقرت بانقضاء المدة ، ثبت نسب ولدها من الزوج المتوفي ، إذا جاءت به في أثناء سلتين بعد الوفاة . لأنه يحتمل أن يكون الحمل قد حدث قبل موت الزوج ، وإن ولدته بعد مضي سلتين أو أكثر فلا يثبت نسبه منه ، للتيقن من حدوث الحمل بعد الوفاة - أما إذا أقرت بانقضاء المدة ، وجاءت بولد فإنه يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، لتيقن قيام الحمل وقت الإقرار مع احتمال وجوده وقت الوفاة ، فيثبت نسبه احتياطاً ، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال حدوثه بعد الوفاة . وحيلت لا نعلم يقيناً بطلان إقرارها بانتهاء المدة فنأخذ بكلامها ، ولا يلزم نسب هذا الولد ، هذا مذهب الحنفية . أما الأئمة الثلاثة فلا يختلف الحكم عندهم فيها إذا أقرت الممتدة بانقضاء عدتها أو لم تقر، فما دام الولد قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق أو الموت فإنه لا يثبت نسبه ولا ينتهي عنه إلا بالمان (١) . أما الجعفرية فقالوا في المتوفي عنها زوجها إنها إذا جاءت به للستة أشهر من حين الوفاة يثبت نسبه ، ولا تسمع دعوى الورثة بعدم وطء الزوج لها قبل موته بمدة ، كما تسمع دعواهم بعدم دخول الزوج بها إذا كانت تدعي الدخول . وإن ولدت الولد لأكثر من تسعة أشهر فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة إذا ادعوه .

وفي القضية التالية منا يشير إلى ذلك ، فقد عرضت على محكمة الجالية الشرعية في ١٧ أكتوبر ١٩٢٧ قضية تلخص في أن رجلاً طلق زوجته طلاقاً باتناً في ١٤ من ذي الحجة ١٣٤٤ (٢٥ يونية ١٩٢٦) وتزوجت برجل آخر في ١٨ من صفر ١٣٤٥ (٢٦ أغسطس ١٩٢٦) ، ثم وضعت ولداً في ٢٠ من جمادى الآخرة ١٣٤٥ (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦) أي قبل مضي ستة أشهر

(١) راجع نهاية المحتاج ج٧ ص ١١٧ - الخطاب الخامس ج٤ ص ١٢٥ - الفروع ج٣ ص ٢٩٠

من الزواج الذي يعتبر إقراراً ضمنياً بانقضاء العدة ، فرفع الزوج الأول دعوى يطلب فيها ثبوت الولد منه ، وعدم تعرض الأم والزوج الثاني له وتسليمه إياه ، فقضت المحكمة بثبوت نسب الولد من المدعي .

وجاء في حيثيات هذا الحكم ما يأتي :

من حيث إن زواج المدعي عليها الأول بالمدعي عليه الثاني بتاريخ ٢٦ أغسطس سنة ١٩٢٦ إقراراً ضمنياً منها بانقضاء عدتها ، وأنت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار ، ولأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن يثبت نسبه من المطلق ، وكانت مكذبة شرعاً في إقرارها بانقضاء عدتها - وقد استؤنف هذا الحكم ولكنه تأيد استئنافياً (١) .

٤ - إذا كانت المرأة مطلقة قبل الدخول أو الخلوة .

فإن جاءت بولد وكانت ولادته قبل مضي ستة أشهر من وقت الطلاق يلتحق نسبه بالزوج ، وإن كانت بعد مضي ستة أشهر وأكثر من وقت الطلاق لا يلتحق نسبه بالزوج ، وتعليل ذلك أن الطلاق قبل الدخول والخلوة يزول به الزواج من كل وجه ، فلا يثبت النسب إلا إذا وجد التيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفقرة ، فإذا جاءت به قبل مضي أقل مدة الحمل من وقت الفقرة علم يقيناً بأنها حملت به قبل الفقرة ، فيثبت نسب الولد من الزوج ، ويحكم بدخوله بالزوجة ، ويجب لها جميع المهر .

وإذا جاءت به بعد مضي أقل مدة الحمل لم يكن هناك تيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفقرة لمضي مدة تصلح لتكوين الولد بعد الفقرة ، فلا يثبت النسب من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا لأنه بادعائه قد التزمه ، ويحمل على أنه اتصل بها بناء على شبهة .

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية المصرية السنة الثالثة العدد الخامس ص ٤٦٩ .

ما تقدم هو مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي قضى بتحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسة (٣٦٥) .

أما هذا القانون فقد قضى بأنه لو وقعت الفقرة بين الزوجين ، سواء كانت بالوفاة أو الرجعي أو البائن أو الفسخ ، ثم ولدت الزوجة ولداً بعد مضي سنة أو أقل من تاريخ الفقرة ، ثبت نسب ولدها من الزوج ، وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج .

وإن من يطالع المادة الخامسة عشرة من هذا القانون يتضح له أن المادة لم تتعرض لنفي النسب إذا أتت المرأة بالولد بعد الفقرة لأكثر من سنة ، مكتفية بالمنع من اجتماع الدعوى في حالة الإنكار ، فقالت (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم اللاق بينها وبين زوجها من حين المقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة . .

فمقتضى هذه المادة : أن المرأة إذا وضعت ولداً بعد حصول الفقرة بينها وبين الزوج . فإن كانت المدة بين الفقرة والزواج أكثر من ٣٦٥ يوماً ، ولم ينكر الزوج الولد ثبت نفسه منه ، وإن أنكره ورفعت الزوجة دعوى لإنشاء نسب الولد منه ، لا تسمع هذه الدعوى . وإن كانت المدة بين الفقرة والوضع ٣٦٥ يوماً فأقل ، ثبت نسب الولد من الزوج ، لأن الحمل يعتبر حاصلًا في أثناء الزوجية ، بناء على أن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل قانوناً .

وإذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها ، وكانت المدة تحتمل انقضاءها ، ثم جاءت بولد ثبت نسبه من الزوج إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، وفي خلال سنة أو أقل من تاريخ الفقرة ، لأن ولادته كذلك تدل على أنه كان موجوداً وقت الإقرار بانقضاء المدة فلا يصح إقرارها ، ويثبت نسب الولد من الزوج لحصول الحمل به قبل وقوع الفقرة بينه وبين زوجته .

أما إذا ولدته لسته أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من الزوج ، ولو كانت المدة بين الولادة والفرقة أقل من سنة ، لأنها مدة كافية لحدوث الحمل بعد الإقرار ، فلا تكذب المرأة في إقرارها بأن عدتها انقضت ، ويحمل على أنها حملت من غيره .

وإن من يتأمل مسلك القانون يحده مبنياً على ما قرره الفقهاء من تحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر ، وما قرره الطب الشرعي من تحديد أقصى مدة الحمل بسنة شمسية (٣٦٥ يوماً) .

وبناء على ذلك يثبت قانوناً نسب ولد الزوجة في أي وقت أتت به ، مهما تباعد الزوجان . فيثبت نسب ولد المشرقية التي هي زوجة لمغربي بمقتضى عقد زواج ، مع إقامة كل منهما في جهته ، دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعاً تصح معه الخلوة . وذلك بناءً على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلاً .

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بأنناً إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الوفاة . ويثبت نسب ولد المطلقة رجعيًا في أي وقت أتت به من وقت الطلاق ، ما لم تقر بانقضاء المدة .

والعمل بهذا مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق ، أدى إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة ، ولما كان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبنياً على رأيهم في أقصى مدة الحمل ، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة ، لم تر الوزارة مانعاً من أخذ رأي الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة .

طرق ثبوت النسب

يثبت النسب بأحد هذه الأمور الثلاثة :

- ١ - الزواج الصحيح « الفرائش الصحيح » وما يلحق به
- ٢ - الإقرار بالنسب أو دعوة الولد .
- ٣ - البينة .

ونفصل الكلام عن كل وسيلة من الوسائل السابقة .

١ - الزواج « الفرائش »

وهو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد ، وهو في الزواج الصحيح كون الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل ، هذا هو الفرائش الصحيح ، ويلحق به فرائش الزواج الفاسد إلا أنه لا يتحقق الفرائش فيه إلا بعد الدخول الحقيقي ، لا بنفس المقد الفاسد . فمن تزوج امرأة بغير شهود ودخل بها أو خالط امرأة بشبهة كان الفرائش ملحقاً بالفرائش الصحيح، فيثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة متى توافرت الشروط المعتبرة في ثبوت النسب بالفرائش الصحيح، فإن مجرد الزوجية الصحيحة لا يكفي لثبوت نسب الولد، بل لا بد من اشتراط أن تكون هذه الزوجية يتصور عادة أن يكون الولد منها . ولذلك لا يثبت النسب إذا كان الزوج صغيراً ، لا يتصور أن تحمل زوجته منه ، بل لا بد أن يكون بالغاً أو مراهماً على الأقل .

وعلى هذا مق ثبت الزواج سواء كان زوجاً صحيحاً أو فاسداً بأي وسيلة من ثبوت الإثبات المقررة شرعاً كشهادة أو إقرار أو نكول عن اليمين - عند من يراه حجة في تلك الحالة - يثبت نسب كل ما تأتي به المرأة من أولاد إذا توافرت الشروط السابقة لثبوت النسب .

وفي الزواج العرفي الذي لم يثبت في وثيقة رسمية ، والذي منع القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في حالة الإنكار سماع دعوى الزوجية أو الإقرار به ، تفيد المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، أن الزواج غير المثبت في وثيقة زواج رسمية ، وكان مستوفياً الأركان والشروط المعتبرة لصحته شرعاً ، إذا أنكر الزوج نسب الولد، كان للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء ، وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها، والمحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بكافة وسائل الإثبات المقررة شرعاً ، من غير احتياج إلى وثيقة زواج رسمية، ومتى أثبتتها قضت المحكمة بثبوت النسب ، ولكنها لا تحكم بثبوت الزوجية ، ولا بأي حق آخر غير النسب .

واقراً معني نص ما جاء في المذكرة فيما يتعلق بهذا : « وظاهر أن هذا المنع (أي منع سماع دعوى الزوجية) لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب ، بل هي باقية على حكمها المقرر ، كما كانت باقية عليه رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية » .

٢ - الإقرار بالنسب أو دعوته

هو الوسيلة الثانية لثبوت النسب . ويسمى «الدعوة» - والمقرر في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتمدها إلى غيره ، إلا إذا صدقه ذلك الغير ، أو قامت البينة على صحة الإقرار .

ومن الأصول المقررة أيضاً، أنه إذا ثبتت الأبوة أو البنوة، تثبت الصلات

النسبية المختلفة الأخرى ، فمثلا إذا ثبتت بنوة شخص لشخص آخر ، ثبت تبعاً لذلك جميع الصلات النسبية الأخرى ، من أخوة وعمومة وغيرها .

ويتنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين ، لأنه قد يكون إقراراً بأصل النسب وهو الأبوة أو البنوة أو الأمومة المباشرة ، كما إذا أقر شخص بأن هذا الولد ابنه ، أو أن فلانا أبوه . أو أن هذه المرأة أمه .

وقد يكون إقراراً بما يتفرع على أصل النسب كالأمومة والأخوة وغيرها . وهذا مثل إقرار إنسان أن فلانا أخوه . فإنه يقتضي أن يكون المقر له (بفتح القاف) ابناً لوالد المقر أولاً ، إذا صح الإقرار . ثم ينتج عنه أن يكون المقر له (بفتح القاف) أخاً للمقر (بفتح القاف) ولإسائر إخوته .

النوع الأول :

وهو الإقرار الذي ليس فيه تحميل النسب على غير المقر . أي أنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره كالإقرار بالبنوة وبالأبوة والأمومة ، فهذا النوع يثبت النسب به من غير احتياج إلى بيان السبب من زواج أو اتصال بشبهة ، لأن الإنسان له ولاية على نفسه فيثبت بإقراره النسب متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته .

فمن أقر بأن هذا الولد ابنه ثبت نسب الولد منه ، وكان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء ، من إرث ونفقة وغيرها إذا توافرت الشروط الآتية ، كما يستتبع ذلك أن أولاد المقر يكونون أخوة لهذا الولد . وأن أب المقر يكون جدأ له ، وأن أخوات المقر وإخوانه عمات وأعمام له .

شروط ثبوت النسب بهذا النوع من الإقرار ، يشترط لصحة الإقرار بذلك .

١ أن يكون من الممكن أن يولد مثل هذا الولد لمثل المقر ، فلو كان

عمر المقر ثلاثين سنة مثلاً، عمر المقر له مثل ذلك ، أو أكثر، أو أقل بقدر يسير ، كان كذب الإقرار ظاهراً فلا يثبت النسب .

٢ - أن يكون الولد مجهول النسب ، لا يعرف له أب ، . فإن كان له أب معروف لا يثبت نسبه من المقر ، لأن النسب إذا تأكد بثبوت من شخص لا يقبل الإبطال، وفي حكم ذلك ما لو كان للمقر بينوته أب معروف، ولكن اتفق نسبه عنه باللعان ، وهذا لأن الملاءن يجوز أن يرجع ويكذب نفسه بعد نفى الولد ، ومن ثم يثبت نسب الولد منه .

٣ - أن يصادق المقر له المقر على إقراره إن كان مميزاً ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تتمدها إلى غيره إلا بينة أو تصديق ، فإن كان المقر له طفلاً غير مميز ثبت نسبه بالإقرار من غير حاجة إلى تصديق لأنه ليس أهلاً للتصديق، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له فلا يتوقف على التصديق^(١) ثم إذا أنكر هذا النسب بعد أن كبر لا يسمع منه ، لأن النسب متى ثبت لا يقبل الإبطال من الأب أو الابن .

٤ - ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا ، فإن صرح في إقراره بأنه من زنى لا يثبت النسب من المقر ، لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب ، لكون النسب نعمة وهي لا تقال بالمحذور وفعل الجريمة

وبناء على ما سبق إذا أقر شخص بأن فلاناً أبوه . وكان المقر مجهول الأب في البلد الذي يكون ، وكان ممن يولد مثله لمثل ذلك الشخص ، وصدقه المقر له في إقراره ثبتت أبوته له .

وأيضاً إذا أقرت امرأة بأن هذا الولد ابنها ، فإن لم تكن تلك المرأة ذات زوج ، أو ممتدة من زواج صحيح أو فاسد، ثبت نسب الولد بإقرارها منها إذا لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصدق الولد في

إقرارها ان كان مميزاً ، لأن إقرارها هذا إلزام لنفسها دون غيرها ، والمرأة أهل للالتزام بالنسب كالرجل فينفذ عليها ، ولا يمنع من أمومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي ، لأن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال . بخلاف ما لو أقر الرجل أنه ابنه من الزنى فإنه لا يثبت نسب الولد بإقراره لما قدمنا أن نعمة النسب لا تنال بهذا الطريق المحرم ، فإن كانت المرأة المقررة بالأمومة ذات زوج أو في عدة زواج ، وجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها ، أو أن تثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية ، وحيلند يثبت نسبه منها .

ومذهب الجعفرية :

إذا أقر الرجل ببنة غلام غير بالغ مجهول النسب ، وكان في السن بحيث يولد مثله لثله وصدقه الغلام إن كان مميزاً يمبر عن نفسه ، أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ، ولو أقر ببنة في مرضه - وإذا كان بالغاً فيعتبر تصديقه له في ثبوت نسبه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ، ويرث أيضاً من أبي المقر وسائر أنسابه وإن جحدوه .

وإذا أقرت المرأة بالأمومة لصبي غير بالغ يولد مثله لثلها وصدقها إن مميزاً أو لم يصدقها صح إقرارها عليها ، ويرث منها الصبي ، وورث منه . فإن كانت متزوجة أو معتدة لزوج فلا يقبل إقرارها بالولد في حق زوجها إلا أن يصدقها الزوج

وإذا أقر ولد مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى بالأبوة لرجل ، أو بالأمومة لامرأة ، وكان يولد مثله لثله المقر له ، وصدقه ، فقد ثبتت أبوتها له ، ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق ، وله عليها ما للأبناء (١) .

هذا وثبتت النسب بواسطة الاقرار إذا توافرت فيه شروطه هو أمر

(١) راجع الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية لعبد الكريم الحلي ص ٩٠ - ٩١ .

آخر غير التبني المعروف في البلاد الغربية ، وغير التبني الذي يدعو إليه البعض في هذا العصر تفريحا لأزمة اللقطاء كما يدعون .

النوع الثاني ،

الإقرار الذي فيه تحميل النسب على غير المقر ، وهو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب . ومثاله أن يقر شخص بأخوة فلان ، أو عومته ، أو أنه جده ، أو ابن ابنه ، وواضح أن هذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر أولاً ، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر ، ومعناه أنه إذا أقر شخص أن فلانا أخوه ، اقتضى ذلك الإقرار في أول أمره أن المقر له ابن لأب المقر . واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر .

وهذا النوع من الإقرار لا يثبت النسب به إلا إذا تحقق أحد أمرين :
البيئة ، أو تصديق المقر عليه إن كان حيا ، أو اثنين من الورقة إن كان ميتا .

فإن لم يتحقق واحد منها ، لا يثبت النسب بهذا الإقرار ، لأن هذا الإقرار يقتضي تحميل النسب على غير المقر ، والإقرار حجة قاصرة على المقر ، لولايته على نفسه دون غيره ، فلا يثبت في حق غيره ، إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البيئة على صحة الإقرار ، لكن يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه ، بحيث لا يكون لهذه المعاملة أثر في حق غيره ، فيطالب بالحقوق المالية بمقتضى إقراره .

فمثلا إذا أقر شخص بأن فلانا أخوه ، وكان المقر موسرا ، والمقر له فقيرا عاجزا عن الكسب ، فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه .

وأیضا إذا مات أب المقر بالأخوة ، وترك أولادا منهم هذا المقر ، ولم يصدقه واحد منهم في إقراره ، فإن المقر له لا يرث من تركه هذا الأب ، ولو ورث المقر شيئا من تركه أبيه ، يشاركه المقر له فيما ورثه ، معاملة له

بمقتضى إقراره . وإذا مات المقر بالأخوة ، ولم يترك أحداً من الورثة استحق المقر له في تركه المقر بغير جهة الإرث ، على ما اختاره قانون المواريث رقم ٧٧ سنة ١٩٤٤ متى تحققت الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون المقر له مجهول النسب .
- ٢ - ألا يثبت نسب المقر له من الغير الذي نسبته إليه المقر ، بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية .
- ٣ - أن يصادق المقر له المقر على إقراره فلو كذبه لم يصح الإقرار .
- ٤ - أن يموت المقر مصرأ على إقراره ، إذ لو رجع عن إقراره صح رجوعه ، وبطل إقراره -- ولو صدقه المقر له في إقراره لأن هذا الإقرار في الواقع ونفس الأمر وصية بصيغة الإقرار بالنسب ، ويصح للموصي أن يرجع عن وصيته قبل وفاته .
- ٥ - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل من نسبته إليه المقر ، فإن لم يكن كذلك لم يصح الإقرار لأن الواقع يخالف إقراره .
- ٦ - ألا يوجد مانع من موانع الإرث ، فإذا قتل المقر له المقر عمداً عدواناً فلا يرث منه^(١) .

ومذهب الجعفرية : أن من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب ، لا يقبل إقراره ، إلا في حق نفسه ، فلا يسري على بقية الورثة الذين لم يصدقوه ، وبشارك المقر في نصيبه ، وبأخذ نصفه في قول ، والصحيح أنه يأخذ من حصة المقر ما زاد عن حصته بمقتضى إقراره ، فلو كان للميت ولدان ، وأقر أحدهما بثالث ، وأنكر الآخر ، أخذ المنكر النصف ، والمقر الثلث والمقر له السدس ، نعم لو لم يكن له ولد سوى المقر أخذ المقر له النصف^(٢) .

(١) راجع بدائع الصنائع - ٣ من ٢١٧ - ٢١٨ - والمفتي لابن قدامة - ٥ من ١٨٣ .

(٢) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩١ .

التبني

يختلف التبني عن الإقرار بالبنوة ، لأن الإقرار اعتراف بنسبة حقيقية لشخص مجهول ، لأن من يقر بمجهول النسب أنه ابنه ، فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية ، وأنه خلق من مائه سواء أكان صادقاً في الواقع أم كاذباً فتثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنوة ، وإن كان كاذباً في الواقع فعليه إثم كذبه وادعائه

وأيضاً الإقرار ليس من الأساليب المنشئة للنسب ، وإنما هو طريق لإثباته وظهوره ، والسبب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للمرأة ، والاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة بالنسبة للرجل ، وكذلك الإقرار إذا توفرت شروطه يقترب عليه ثبوت النسب من المقر ، وكانت المقر له جميع الحقوق التي تقترب على ثبوت النسب من نفقة وإرث

وأما التبني فليس كذلك لأنه استلحاق شخص معروف النسب إلى أب ، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذ ولداً وليس بولد حقيقي ، وأيضاً التبني نصرف قانوني منسوخ للنسب يختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي ، فالتبني لا يثبت بنوة حقيقية كالبنوة التي تقترب على الإقرار بالنسب ، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون ، تقترب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية ، كما أن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان التبني له أب معروف ، أما البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلا إذا لم يكن للولد أب معروف .

وإن من يرجع قليلاً إلى ما كان عليه التبني في الجاهلية ، ويقارن بينها

وبين حكم الاسلام فيه ، يتضح له أن الرجل في الجاهلية كان إذا أعجبه من رجل آخر جلدأ ، أو ظرفاً ، فإنه يضمه إلى نفسه ، ويجعل له نصيباً في الميراث يساوي نصيب أولاده الصليبين ، ليس هذا فحسب بل كان ينسب إلى المتبنى فيقال فلان ابن فلان .

وقد وقع فعلاً التبني من رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبعث رسولا ، ويشرفه ربه بالرسالة ، فقد ثبت أنه تبني زيد بن حارثة ، وكان يدعى زيد بن محمد ^(١) ، وما زال كذلك حتى نزل قوله تعالى « وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله » الآيتان من سورة الأحزاب (٥٤) . وهذا التشريع المحكم كان حكم الاسلام مبطلاً لنظام التبني ، صيانة لحقوق الأولاد ، ومحافظة عليهم من الضياع ، وابتعاداً بالأس من تزيف الحقائق ، ولم يقتصر الإسلام على تحريم التبني ، بل فتح للناس أبواب الإحسان ، وطرق الحماية للضعفاء ، ليحفظ لكل ذي حق حقه ، فلا يفتاله غيره ، إنه رغب الإنسان وأطلق حريته في أن يربي ، وأن يرعى وينشئ من شاء من أبناء غيره ، متى كان قادراً على ذلك ، وعنده الاستعداد الكافي ، من غير أن يثبت أو يرتب على هذا الإيواء والضم شيئاً من حقوق الأولاد النسيبين والأقارب .

وقد قال الجعفرية : إن الداعي (المتبني) ليس ابناً حقيقياً . فمن تبني ولداً معروف النسب ، فلا تلزمه نفقته ، ولا أجره حضنته ، ولا تحرم عليه مطلقته ، ويتصاهران ولا يتوارقان .

أما التبني الذي يقره القانون الفرنسي مثلاً فهو عقد ينشئ بين شخصين

(١) يذكر المسلمون سبب هذا التبني أن زيد بن حارثة سبي في الجاهلية ، فاشتراه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبعد الاسلام جاء حارثة الى مكة . وطلب من الرسول أن يبيمه زيدا أو يعتقه ، فقال الرسول هو حر ، فليذهب حيث شاء . فابى زيد أن يفارق رسول الله . فغضب إليه حارثة ، وقال : يا مشر قوميش اشهدوا ان زيدا ليس ابني . فقال الرسول : اشهدوا أن زيدا ابني (جمع البيان في تفسير القرآن) .

علاقات ضرورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة ، ولذلك يكون فيمن له أبوان معروفان ، فهم يماثل ما كان عند العرب في الجاهلية وقضى عليه الاسلام (١) .

وأما الطفل اللقيط فقد عفى الاسلام والفقهاء الاسلامي بتحديد مركزه وبيان أحكامه ، ومن هذه الأحكام أنه إذا ادعاه واحد من الناس ثبتت نسبه منه ، لأن ذلك في مصلحته ، وليس معنى هذا أن يثبت نسب اللقيط من كل من يدعي بنوته . بل لا بد من توافر الشروط التي قدمنا بيانها في ادعاء البنوة .

٣ البيئة

هي الطريق الثالث لثبوت النسب ، والفرق بينها وبين الإقرار أنها حجة متعدي ، غير قاصر حكمها الثابت بها على المدعي عليه ، بل يثبت في حقه وحق غيره - أما الإقرار فهو كما قدمنا حجة قاصرة على المقر لا تتمدها إلى غيره ، إلا بإثبات جديد ، ومن هنا كان المحكوم له بدين على آخر بمقتضى إقرار المدعي عليه (المدين) يقتصر هذا الحكم على المدين وحده ، ولا يثبت في حق سائر الورثة ، أما الدين المقضي به بناء على بيئة أقيمت على بعض الورثة ، بأن للمدعي على مورثهم ديناً ، يكون حكماً متعدياً إلى سائر الورثة ، وليس لهم أن يكلفوا المدعي إقامة البيئة في حضورهم .

والبيئة المثبتة للنسب ، هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، فإذا ادعى شخص أن فلاناً ابناً له أو أياً أو أخاً أو عمّاً ، فأنكر المدعي عليه تلك الدعوى ، فأقام المدعي البيئة على دعواه ، قبلت هذه الدعوى ، وثبت النسب إذا توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى .

(١) راجع مرجع القضاء في أشريعات الأحوال الشخصية للإجانب . للاستاذين حسن الأشموني . ومحمد عبد الكريم ص ٢١٨ وما بعدها . وراجع الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩١ .

إلا أنه إذا كانت الدعوى بأصل النسب ، وهو الأبوة أو البنوة في حالة حياة الأب أو الابن سمعت الدعوى ، سواء كانت الدعوى مجردة من أي حق آخر أم كانت في ضمن دعوى حق آخر كالنفقة أو الإرث ، وإن كانت بعد الوفاة فإن الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت في ضمن حق آخر ، لأن المدعى عليه إذا كان ميتاً كان في حكم الغائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب ، كالأخوة والعمومة ، فلا تسمع إلا إذا كانت في ضمن دعوى حق آخر سواء كانت الدعوى في حالة حياة من يدعي ثبوت النسب منه ، أو كانت بعد وفاته ، لأن النسب في هذه الحالة لا يثبت من المدعي إلا إذا ثبت أولاً من الأب ، إن كانت الدعوى بالأخوة ، وإلا ثبت أولاً من الجد إن كانت الدعوى بالعمومة ، ومن ثم لا يكون النسب هو المقصود أولاً وبالذات للمدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والإرث .

وعلى هذا فإذا ادعى النسب دعوى مجردة من حق آخر ، كانت دعوى بحق غير مقصود للمدعي فلا تقبل .

وإن ادعى النسب في ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب ، كانت دعوى حق مقصود للمدعي فتقبل ، فإذا أقام البينة قضى له بالحق الذي يدعيه ، وثبت النسب ضمناً وتبعاً^(١) .

هذا وقد استثنى الحنفية الشهادة على النسب والزواج والدخول بالزوجة من الأصل المقرر في الشهادة ، وهو أنه لا بد من أن تكون الشهادة عند معاينة الشهود أو سماعه ، كما ينطبق بذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ، أي اترك الشهادة ، فقالوا يجوز على

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥١ . فرج المجلد للاتاسي ج ١ ص ١٢٧ ، ودائع الصنائع

سبيل الاستحسان الشهادة على النسب ، وإن لم ير الشاهد ما يشهد به أو لم يسمعه بنفسه ، متى أخبره من يثق به .

وحجة الحنفية على الاستحسان : أن هذه الأمور مما لا يطلع على أسبابها إلا الخواص من الناس ، وقد يتعلق بها أحكام تبقى على مدى الزمان كالإرث والنسب ، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى المخرج وتعطيل الأحكام (١) .

لكنهم اشترطوا لقبول الشهادة بالتسامع ، أن يشهد بالنسب أمام القاضي من غير أن يذكر أنه يشهد بناء على التسامع بين الناس ، فإن صرح أمام القاضي بذلك لا تقبل شهادته على القول الصحيح في المذهب ، لأن القاضي إذا كان لا يجوز له أن يحكم بالسماع ولو تواتر عنده ، فلا يجوز له أن يقضي بسماع غيره بالطريق الأول ، وفي بعض كتب الحنفية أن التسامع الذي يرد به الشهادة أن يقول الشاهدان أنها لم يعاينا ، ولكنها سمعا من الناس ، أما إذا قالا : أنها لم يعاينا ولكن اشتهر عندنا ، أو أخبرنا من نثق به قبلت شهادتهما ، واختار هذا بعض الفقهاء .

وختلفوا في تفسير التسامع الذي تجوز الشهادة بالنسب بناء عليه ، فقال أبو حنيفة هو أن يشهر ذلك النسب ، ويستفيض وتتابع الأخبار به ، حتى يقع في قلبه تصديق ذلك ، لأن الثابت بالتواتر ، والثابت بالبصر أو السمع سواء ، فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة ، فعلى هذا لو أخبره بالنسب رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة به .

وقال صاحبان : هو أن يخبره رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان أن فلانا ابن فلان مثلا ، واختار قولها بعض الفقهاء استدلالاً بحكم القاضي وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة الشاهدين الذين يشهدان ، ولو لم ير المشهود به أو يسمعه

بنفسه ، وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل فكذلك هذا (١) .

هذا : والبينة أقوى حجة وسبيل لاثبات النسب ، فالثابت بها من الأنساب أقوى من الثابت بالإقرار أو الدعوة ، لأن البينة أقوى الأدلة ، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعى نسب آخر ويقم بينة على دعواه أحق من الذي يقر بنسبه ، لأن النسب وإن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة ، لأنها أقوى منه (٢) .

ومذهب الجعفرية : أن الأبوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة تثبت بشهادة رجلين عدلين كما تثبت بالاستقاضة . لكن لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين عدول .

وكذلك قالوا يمكن إثبات دعوى الأبوة والبنوة مقصودة بدون أن تكون في ضمن دعوى حق آخر معها سواء كان الأب أو الابن المدعى عليه حياً حاضراً أو قاتلاً أم كان ميتاً ، وأيضاً ذهبوا إلى أن دعوى الأخوة والعمومة تثبت بالبينة وإن لم تكن في ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصي أو غيرها ، لأن هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها فلا تكون عبثاً ، وحيث لم يكن للمدعى خصم فلا يجب على الحاكم سماعها ، لكنه لو سمعها ترتبت الآثار .

فروع :

إذا كان صبي بين رجل مسلم وآخر نصراني . فادعى الأول أنه عبده ، على حين ادعى الثاني أنه ابنه وأقام كل منهما البينة على دعواه - يقضى به للنصراني ويكون حراً ، لأنه بذلك ينال فوراً شرف الحرية التي ليس في وسعه اكتسابها بنفسه ، ثم يصل فيما بعد إلى الاسلام بعقله ، حين تظهر له الأدلة على أنه خاتم الأديان السماوية ، لكن لو ادعى كل منهما أنه ابن له ، كان الحكم به للمسلم أولى ، نظراً لصالح الولد نفسه .

(١) فتح القدير - ٦ ص ٢٠ - ٢١ - البدائع - ٦ ص ٢٦٦ .

(٢) البدائع - ٦ ص ٢٥٤ .

نسب اللقيط :

اللقيط مولود طرحه أهله بعد ولادته خوفاً من الفقر ، أو فراراً من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك . والتقاطه فرض عين على من يجده ، إذا كان في مكان يغلب على الظن هلاكه إن ترك فيه ، وإلما يكون التقاطه مندوباً إن وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه ^(١) .

واللقيط يثبت نسبه بمن يدعيه ، بمجرد ادعائه ، من غير توقف الدعوة على بينة استحساناً ، لأنه غير معروف النسب ، فمن الخير له أن يثبت نسبه بمن يدعيه .

ولو تنازع في نسبه اثنان كل يدعي بنوته ، فإن أتى أحدهما بالبينة على دعواه ، ثبت نسب اللقيط منه ، ثم رفضت دعوى الآخر ، وإن لم يأت واحد منها بالبينة ، قدم الملتقط إذا كان أحد طرفي النزاع ، فإن كان كل منهما قد قام بالتقاطه ، أو لم يكن أحد المدعين قد التقطه ، قدم من يذكر فيه علامة مميزة ، فإن استوياً من جميع الوجوه لم تسقط دعوى النسب ، وإنما يثبت نسبه من كل منهما خوفاً على الولد من الضياع ، وحرصاً على صيافته وحفظه . والنسب وإن كان لا يمكن الاشتراك فيه ، لأنه لا يتصور أن يكون الولد من رجلين ، كما لا يتصور أن يكون الولد مولوداً من امرأتين ، إلا أنه يمكن الاشتراك فيما يترتب عليه من الأحكام ، كالإرث والنفقة ، ولهذا كان المقرر في الفقه الحنفي أن اللقيط إذا ادعاه رجلان ولم تترجح دعوى

(١) عرفه الجعفرية بأنه المولود الضائع الذي لا كافل له ولا يقدر على دفع الهلكات عن نفسه ، فلا يختص بمن فيه أهله خوفاً من العيلة أو الفقر ، أو فراراً من تهمة الزنية . وقالوا إنه يستحق الشفقة عليه من أبناء جلسه ، ويأثم مضميه ، ويغرم عمره إحياء نفس ، لمن وجد طفلاً مندوباً في أي مكان فعلياً إسعافه . وقال بعض أصحاب الجعفرية إن التقاط اللقيط فرض إن غلب على ظنه الهلاك لو لم يلتقطه والافندوب . والمشهور عندم أنه فرض كفائي مطلقاً ، ويجرم طرحه وإلغاؤه بعد التقاطه . والملتقط المسلم أحق بأمسك اللقيط من غيره . وكذا عند الجعفرية إذا وجده اثنان مسلم وغير مسلم وتنازعا يرجع المسلم ويقضي له به . وإن استويا في الإسلام أقرع بينهما .

أحدهما على الآخر بمرجح من المرجحات ، حكم بثبوت نسبه من كل منهما ، فلو مات أحدهما ورث منه ميراث ابن كامل ، ولو مات الولد ورثا منه ميراث أب واحد ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال : إنه ابنها يرثها ويرثانه ، وقال الشافعي وأحمد : لا يثبت نسبه من كل منهما وإنما يرجع في ذلك إلى القائف (وهو الذي يعرف الشبه فيقول : وجه هذا الولد أو أصابعه تشبه وجه فلان أو أصابعه أو نحو ذلك) وما يحكم به القائف يعمل به . وهو رأي له وجامته

وقال الجعفرية : إذا ادعى اللقيط واحد ، ولو غير الملتقط يثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان المدعي دميّا ، ويكون اللقيط مسلماً تبعاً للواجد أو للكان. ودعوى مدعي أبوة اللقيط مقبولة مطلقاً حياً كان اللقيط أم ميتاً ، ترك شيئاً من المال أو لم يترك ، ويكون ميراثه للقر ولو مع التهمة إذا لم يكن له منازع ، أما إن ادعاه نفس الملتقط ونازعه خارج بعد أن سبق إلى دعواه فالملتقط أولى به حتى إن وصف الخارج في جسده علامة ووافقت .

وإذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر ، فهو ابن السابق عند عدم البرهان ، وإن ادعياه معاً ووصف أحدهما علامة فيه ووافقت الصحة فلا يقضى له به ما لم يبرهن ، بل يقرع بينهما ، وإن ادعاه مسلم وذمي معاً فالمسلم أولى في قول أصحابهم . والأصح أنه لا ترجيح للمسلم بل يقرع ، كما أنه لو استوى المدعيان معاً ، ولم يكن لأحدهما بيعة ، فإنه يقرع بينهما ويعطى لمن فاز في المساهمة دون من كان المدحضين . ويثبت نسبه من الفائز في القرعة . ويلزمه ما يلزم الآباء للأبناء من أجرة الحضانة والتنفقة ويرث الولد منه إن كان أهلاً للميراث .

الحق الثاني : الرضاع

وسن تناول هذا الحق من النواحي الآتية : ١ - وجوب الرضاع على الأم
٢ - من يجب عليه أجرة الرضاع - ٣ - استحقاق الأم الأجرة على الرضاع
إذا قامت به - ٤ - المدة التي تستحق الأم فيها الأجرة - ٥ - ما تقدّر به
الأجرة - ٦ - التبرع بالإرضاع .

أولاً : وجوب الرضاع على الأم

من المقرر أن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها ، وأن لبنها هو أفضل غذاء
له من غيره ، باتفاق الأطباء للامتنه حال الطفل في درجات تطوره ، كما أنها
أشد الناس شفقة على وليدها ، وأعظمهم حناناً وعطفاً عليه . ومن هنا نطقت
النصوص الشرعية بأمر الوالدات بإرضاع أولادهن ، فقال تعالى : « والوالدات
يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » والنص وإن كان
وارداً في صورة خبر إلا أنه في معنى الأمر ، فيدل على الوجوب على وجه التأكيد ،
ولهذا لم يختلف فقهاء المسلمين في ذلك ، فقالوا جميعاً بوجوب الرضاع على الأم
(ديانة) ، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع ، أم كانت مطلقة منه ،
وانتهت عدتها ، فإن امتنعت عنه مع قدرتها ، كانت مسئولة أمام الله لكنهم
اختلفوا في وجوب الارضاع عليها قضاء .

فقال الحنفية لا يجب على الأم إرضاع ولدها قضاء ، وإن كان يجب ديانة ،
فلا تجبر قضاء على إرضاع الولد إلا إذا تعينت للإرضاع ، ويتحقق التمين في
ثلاث حالات .

الأولى : ألا يوجد من ترضعه سوى الأم ، سواء بأجر أو بدون أجر
الثانية : إذا كانت الأب في عسرة وفقر لا يجد معها مالا ليستأجر به
مرضعة لولده ، ولم يكن للصغير مال يستأجر منه من ترضعه ، ولم يوجد من
تتبرع بإرضاعه .

الثالثة : إذا كانت لا تلتقم سوى ثدي أمه ، فيمتنع عن الرضاع من
غيرها ،

ففي الأحوال الثلاث السابقة ، تجبر الأم على إرضاع ولدها ، محافظة عليه
من الهلاك . وحجة الحنفية على ما ذهبوا إليه من عدم إجبارها عند عدم
التعيين ، ووجود من ترضعه هي أن كفاية الولد على أبيه ونفقته عليه ، وأجر
الإرضاع كالنفقة ، فكما أن يجب عليه نفقته بعد الفطام ، كذلك يجب عليه
أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت ، وأيضاً قد لا تقدر الأم على الإرضاع
لمذربها ، فلا معنى للجبر عليه ، وقد قيل في تأويل قوله تعالى : « لا تضار
والدة بولدها » : لا تضار والدة بالزامها الإرضاع مع كراهتها (١) ، ولأن
الإرضاع حق الأم ، ولا يجبر الشخص على استيفاء حقه .

وأحتجوا لإجبارها عند التعيين : بأن الرضاع حق للولد كما هو حق للأم ،
فإذا تعينت الأم فقد تحقق الداعي صيانة للولد على الضياع والهلاك .

ونقل عن مالك أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها ديانة وقضاء بلا أجر
إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع أو مطلقة رجعيًا منه إلا إذا كانت من قوم
ليس من عادة نساءهم القيام بإرضاع أولادهن ، فلا يلزمها إرضاعه ، وإلا إن
كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها ، فإن أرضعته فلها الأجر نص على ذلك
القرطبي في تفسيره بعد أن يبين أن الأصل إلزام كل أم بإرضاع ولدها ،
بإخبار الله تعالى ، قال القرطبي : إلا أن مالكا رحمه الله دون فقهاء الأمصار

(١) الهداية وشرح العناية ج ٣ ص ٣١٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٩٢ .

استثنى الحسية ، فقال لا يلزمها رضاعة ، فأخرجها من الآية ، وخصصها بأصل من أصول الفقه ، وهو العمل بالمادة ، وهذا أصل لم يتقطن له إلا مالك ، والأصل البديع فيه أن هذا أمر كان في الحاهلية في ذوي الحسب ، وجاء الإسلام فلم يغيره ، وتغادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للتمعة ، بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه ، فقال به (١) . ومثل الشريفة المطلقة بائناً ، فلا يلزمها إرضاع الصغير إلا في حالات الضرورة ، كما إذا كان الرضيع لا يقبل ثدي غيرها (٢) .

وذهب الحنابلة : إلى أن رضاع الولد على الأب وحده فليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة . ففي مغني ابن قدامة أن ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح يذهبان إلى أن له إجبارها على رضاعها ، وأنه قول أبي ثور ، ورواية عن مالك لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين إن أراد أن يتم الرضاعة » فإنه نص مثبت للجوب ، وهو متى ثبت كان وجوباً في القضاء والديانة .

وحجة الحنابلة أن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج أو لهما . لا يجوز أن يكون لحق الزوج ، لأنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا يجوز أن يكون لحق الولد ، فإن ذلك لو كان للزما بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة ، أما قوله تعالى « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » محمولة على حال الإنفاق ، وعدم التعاسر (٣) .

(١) راجع الجامع لأحكام القرآن - ٢ ص ١٧٣ .

(٢) راجع شرح الدردير وحاشية الدسوقي - ٢ ص ٥٣٥ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣١٢ .

ومذهب الجعفرية ^(١) : أن الأم تتمين لإرضاع ولدها ، وتجبر عليه في ثلاث حالات :

الأولى : إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ، ولم توجد متبرعة ، أو من ترضى باستئجار مرضعة من مالها ، فإن رضيت بذلك فلا تجبر على إرضاعه .

الثانية : إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها .

الثالثة : إذا كان الولد لا يقبل ثدي غيرها ، وفي هاتين الحالتين الظاهر عدم سقوط أجرتها ، وإن كان الإرضاع واجباً عليها .

فمذهب الشيعة يكاد يتفق مع مذهب الحنفية في ذلك .

ومذهب بعض الظاهرية : إلى أن الأم تجبر على إرضاع ولدها أحبت أم كرهت ، أحب زوجها أم كره إلا المطلقة فلأنها إن تماشرت هي وأبو الصغير ، بأن لم يتفقا على أجره يتراضيان عليها ، وكان الولد مع ذلك يقبل ثدي غيرها . فهنا يسترضع المطلق امرأة أخرى بدلها . فلا تجبر الأم على إرضاع ولدها إلا في حالتين : ألا يكون لها لبن ، أو يكون لبنها يضر بالصغير ، فإن على الأب حينئذ أن يسترضع له امرأة أخرى . وكذا إن لم يقبل الصغير ثدي غيرها أجبرت على إرضاعه ^(٢) .

وقول الحنفية هو الراجح لأن القاضي لا يجبر الأم على الإرضاع ، فإن نظر القضاء يتجه إلى النفقة وجوباً وعدمها ، والنفقة على الأب اتفاقاً ، فإذا كانت ضرورة من الضرورات السابقة في حالة التمين أجبرت الأم على الإرضاع .

ثانياً : على من يجب أجر الإرضاع :

على الأب إذا امتنعت الأم عن الإرضاع ، ولم يكن الإرضاع عليها واجباً ،

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ٩٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٠٧ . ٣٣٥٠ .

أن يستأجر امرأة لترضع الولد ، إحياء له وحرصاً على حياته ، وتسمى تلك المرضعة ، ظئراً ، وهذا الأجر يكون على الأب وذلك لقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » ، كل هذا إذا لم توجد امرأة تتبرع بإرضاع الولد .

فإن لم يقم الأب باستئجار مرضعة ، كان للأم أن تطالبه بدفع أجره الرضاع إليها ، لتتولى هي استئجار من ترضع الولد ، فإن امتنع عن ذلك فلها حق رفع دعوى تطلب فيها الحكم عليه بدفع أجره الرضاع إليها ، وعلى القاضي أن يحميها إلى طلبها ^(١) .

وعلى من تستأجر للإرضاع أن ترضع الولد عند أمه لأن الحضانة حق للأم ، وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة ، لأن كلا منها حق مستقل عن الآخر ، فلا يترتب على سقوط أحدهما سقوط الآخر — قال صاحب الهداية : معناه إذا أرادت الأم ذلك لأن الحجر (التولية) لها . وقال الكمال ابن الهمام في الفتح . ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان ، أو تحمل الصبي معها إلى منزلها ، أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه .

ومذهب الجعفرية : أنه إذا أبت الأم أن ترضع ولدها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه ، فعلى الأب أن يستأجر مرضعة إذا لم توجد متبرعة ، ولا يجب أن ترضعه المرضعة عند الأم بل تسقط حضانتها .

وتستحق المرضعة الأجرة سواء كانت قريبة للرضيع ، أو أجنبية عنه .

فإذا انتهت مدة إجارة المرضعة دون أن يستغنى الولد عن الرضاع أجبرت المرضعة على أن تمد المدة ، إذا كان الرضيع لا يقبل ثدي غيرها

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية ، حكم محكمة الزقازيق في ٩/٩/١٩٤٦ السنة الثامنة

وتستمر في إرضاعه حتى يستغني الولد عن الرضاع أو يقبل ثدي غيرها ،
دفعاً للضرر عن الرضيع ، وصوناً لصلحته من الضياع .

ثالثاً ، متى تستحق الأم الأجرة على الإرضاع :

الأصل الذي يقوم عليه استحقاق الأم أجرة على الرضاع أو عدم الاستحقاق
(عند الحنفية) هو وجوب النفقة لها من أبي الرضيع وعدم وجوبها ، فإن
كانت تجب لها نفقة على الأب ، فلا تستحق الأجرة على الرضاع ، وإن لم تجب
لها نفقة زوجية فلا تستحق الأجرة على الرضاع

وبناء على هذا الأصل

١ - إذا أرضعت الأم ولدها باختيارها ، أو بإجبارها على الرضاع قضاء في
الحالات السابقة ، وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبي الرضيع ، أو كانت
مطلقة وفي عدة طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الرضاع ، لأن الأم تستحق
على الزوج نفقة في حال الزوجية ، وفي حال عدة الرجعي فلا تستحق أجرة أخرى ،
حتى لا تجتمع أجرة ونفقة في مال واحد ، ولأن الإرضاع واجب عليها ديانة
إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان
الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه .

٢ - إذا أرضعت الأم ولدها بعد انتهاء الزوجية وانقضاء المدة ، أو كانت
في عدة الوفاة فإنها تستحق أجرة على هذا حق ولو كانت متمينة لإرضاع الولد ،
ذلك لأنها لا تستحق نفقة للزوجية لانتهائها بانقضاء المدة أو الوفاة ، فهي
أجنبية عن الأب فتأخذ حكم المرضعة الأجنبية في استحقاق الأجرة ، ولأن في
إلزامها بالرضاع مجاف مع ضمها ، وانقطاع نفقتها لإلحاق الضرر بها وهو لا
يجوز ، وقد دل على ذلك قوله تعالى في المطلقات « وإن كن أولات حمل
فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ،
لقد أوجبت الآية على الأزواج أن يعطوا مطلقاتهم أجرة الإرضاع إذا قن

به بعد العدة ، ومن المقرر أن المطلقة بعد أن تنقضي عدتها من الزوج لا نفقة لها .

ومذهب الجعفرية : إذا أرضعت الأم ولدها حال قيام الزوجية ، أو في عدة الطلاق الرجعي أو البائن ، أو بعد العدة ، فلها المطالبة بأجرة إرضاعه ، ويصح أن يستأجرها الزوج لإرضاع ولدها حال قيام الزوجية ، وفي العدة وبعد انقضاءها .

٣ - إذا قامت الأم بإرضاع ولدها ، وهي في عدة الطلاق البائن ، فلا تستحق أجرة في رواية عند الحنفية ، لأن الأم تجب لها النفقة على الزوج ما دامت في عدة البائن ، فلا تستحق نفقة أخرى ، ولأن الزوجية قائمة في حق بعض الأحكام ، وفي رواية أخرى عندهم أنها تستحق أجرة الرضاع وبمثلها قال الجعفرية لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية ، ويحمل المرأة أجنبية ، والفتوى على الرواية الأولى ، وعليها عمل المحاكم المصرية الآن (١) .

٤ - إذا أبرأت الزوجة زوجها من نفقة العدة في مقابل طلاقها استحققت أجرة إرضاع ولدها منه ، لأنه لا نفقة لها في زمن العدة ، لتنازلها عنها في مقابل طلاقها منه ، فيكون حكمها حكم الأجنبية ، وحكم من انقضت عدتها ، فعين ترضع الولد وهي كذلك ، فقد حبست نفسها على ولده فيجب عليه أن يؤدي لها أجر هذا العمل (٢) .

٥ - المتزوجة زواجا عرفيا مستوفيا الشروط والأركان ، حين تقوم بإرضاع ولدٍ ثمة لهذا الزواج ، تستحق الأجرة على الإرضاع ، حيث إنه لا تسمع دعوى منها تطالب زوجها بالنفقة ، إذا لم يعترف بالزوجية ، كما تنقضي

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة العاشرة ص ٧٥٦ حكم محكمة فاقوس الشرعية في

١٩٣٨/١١/٢٦ .

٢ - راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية ص ٢٦٩ حكم محكمة الأوبكية الشرعية في

١٩٢٨/١١/١٧ .

بذلك المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وعلى هذا يجري العمل في المحاكم (١) .

٦ - الممتدة التي أمرت بالكف عن المطالبة بالمفروض لنفقة عدتها ، لمضي سنة من تاريخ الفرقه ، تستحق أجره الرضاع ، لأنها في حكم التي انقضت عدتها ، حيث لا نفقة لها على والد الرضيع (قانوناً)

٧ - من استأجر زوجته حال قيام الزوجية أو معتدته من طلاق رجعي أو بائن لإرضاع ابن له من غيرها جاز ذلك ، واستحققت الأجرة لأن الإرضاع غير مستحق عليها . وقال الجمهورية إذا أرضعت الزوجة ولده من غيرها من دون إجارة فلا تستحق أجره على إرضاعه ، ولو استأجرها لذلك فلها الأجرة .

رابعاً ، مدة استحقاق الام الاجرة على الارضاع

لا تستحق أم الطفل أجره على إرضاع الولد بالاتفاق بين أئمة الحنفية إلا عن سنتين فقط ، حتى إنه إذا كان الطفل لم يستغن بعد تمام الحولين بالطعام عن الرضاع ، واستمرت الأم في إرضاعه ، فإنه لا يحق لها المطالبة بأجرة الرضاع بعد الحولين ، لقوله تعالى «والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، فإنه سبحانه جعل مدة تمام الرضاعة حولين كاملين .

ثم إن الأم تستحق الأجرة في مدة الرضاع في الحالات التي تستحق فيها الأجر على الإرضاع ، من غير عقد إجارة بينها وبين أبي الرضيع أو وصيه ، وتبدأ من وقت قيامها بالإرضاع ، ولا يتوقف قيامها بالإرضاع واستحقاقها الأجرة على قضاء القاضي ، وإذا ثبتت لها الأجرة قصير ديناً في ذمة الأب لا تسقط عنه إلا بالأداء أو الإبراء ، لأنها في مقابل عمل قامت به المرأة وهو

(١) مجلة المحاماة الشرعية لسنة السادسة عشرة ص ٦٤ حكم محكمة النسخة الشرعية في

الإرضاع ، ويكون لورثتها حق مطالبة الأب بالأجرة إذا ماتت الأم قبل استيفائها ، - وعند موت الأب قبل أن يدفعها للأم ، يكون لها حق مطالبة ورثتها بها ، وتأخذ من تركته ، كما في سائر الديون .

ودليل استحقاقها الأجرة إذا أرضعت ولدها مدة ، ولم يكن هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب على الأجرة ، أن الله تعالى علق استحقاق الأجرة على قيامها بالرضاع في قوله تعالى : «فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن» ، فإذا وجد الرضاع وجبت لها الأجرة من غير توقف على عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، وأيضاً فإن الأب قد لا يتفق مع الأم على القيام بإرضاع ولدها بأجر ، وتكون الأم مضطرة إلى إرضاع الولد لحفظه من الضياع ، فإذا لم نوجب لها الأجر إلا إذا كان هناك عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، ترتب على ذلك تعريض الولد للضياع ، ولأن إرضاع الأم للصغير أمر معروف ، والمعروف عرفاً كالشروط شرطاً . ومذهب الجعفرية على هذا الرأي .

وهناك رأي آخر في المذهب الجعفي أن الأم لا تستحق الأجرة على الرضاع إلا بالعقد أو طلب الأجرة لأن ما تأخذه الأم في مقابلة الرضاع أجرة فيكون حكمه كسائر الأجور ، فلا تستحق إلا بالعقد أو ما يدل عليه وهو طلب الأجر قبل القيام بالرضاع ، فإذا لم يوجد عقد ، ولا طلب للأجر قبل القيام بالرضاع ، فلا تستحق شيئاً على الرضاع .

والراجع عندي هو الرأي الأول لأن إرضاع الأم من غير اتفاق على الأجرة ليس دليلاً على أنها متبرعة به ، لأن حنانها يدفعها إلى ألا تترك ولدها يتلوى جوعاً ، فترضه قبل الاتفاق وقد كان عمل القضاء أولاً على الرأي الثاني لكنه عدل إلى الرأي الأول وجرى العمل على مقتضاه .

فإن أرضعت الأم التي ليست زوجة ، ولا في عدة طلاق رجعي أو بائن ، بناء على عقد أو اتفاق بينها وبين الأب ، فلأنها تستحق الأجرة من وقت العقد أو الاتفاق ، لأنها في تلك الحالة مستأجرة للرضاع ، لكنها

لا تستحق أجرتها إلا من يوم العقد ، وحكم المرضعة الأجنبية عن الرضيع التي ليست أمّاً له إذا استأجرها الأب كذلك .

فإذا أرضعت الأجنبية غير الأم قبل الاتفاق على الأجرة ، فلا تستحق الأجرة إلا من وقت الاتفاق ، ويحمل إرضاعها قبله تبرعاً منها ، والفرق بينها وبين الأم أن الأم يدفعها حنانها على إرضاع ولدها ، وإن لم تنفق على أجرة ، أما غير الأم فليس عندها ما عند الأم من الشفقة والحنان ، فيكون إقدامها على الإرضاع من باب التبرع .

خامساً : ما تقدّر به الأجرة على الارضاع

إذا رغبت الأم في إرضاع ولدها ، وطلبت أجراً على إرضاعه . ففي الحالات التي تستحق فيها الأجرة يكون لها أجر المثل ، وهي الأجرة التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها ، وتقدير ذلك موكول إلى رأي القاضي ، الذي يتولى الفصل في النزاع ، فإن طلبت الأم أجراً أكثر من أجر المثل لا تجاب إلى طلبها .

وتجب هذه الأجرة في مال الولد إن كان له مال ، لأنها كسائر نفقاته من طعام أو كسوة ، فإن لم يكن له مال فيجب على أبي الولد دفعها ، لأن النفقة لأولاده واجبة عليه ، لا يشاركه فيها غيره ، والرضاع من النفقة ، لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، فإنه دل على أن رزق الوالدات على الأب بسبب الولد ، فيدل على وجوب رزق الولد بطريق أولى ، وهذا إذا كان الأب قادراً بيساره أو بكسبه ، فإذا كان فقيراً عاجزاً فقيل يتكفف الناس ، وينفق عليه ، وقيل نفقته تكون من بيت المال ، والأولى أن تجبر الأم على إرضاع الصغير ، وتصير الأجرة التي تجب لها إذا وجبت ديناً على الأب ، يطالب بها عند بيساره ، ولا تأخذ هذه الأجرة حكم النفقات الأخرى ، فلا تسقط بما تسقط به ، بل تعتبر من الديون الصحيحة

التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، كما لا تسقط بموت الأب بل تجب في تركته وتشارك الفرعاء ، وكذلك لا تسقط بموت الرضيع

وقيل اذا كان الأب فقيراً عاجزاً أو ميتاً ، تكون أجره الرضاعة واجبة على أقارب الرضيع المطالبين بكسوته والإنفاق عليه ، لو كان الأب غير موجود .

سادساً التبوع بالإرضاع :

إذا تبرعت امرأة غير الأم بإرضاع الصغير أو الصغيرة بدون أجر ، أو رضيت أن ترضعه بأجر أقل من الأجر التي تطلبه الأم غير المتعينة للإرضاع ، فلا تكون الأم أحق بإرضاعه ، حتى ولو كان الأجر التي تطلبه أجر المثل ، لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فإن الآية تفيد النهي عن إضرار الوالدة بسبب ولدها ، وعن إضرار الوالد بسبب ولده ، وعن الإضرار بالوالد أن يلزم بالأجرة التي تطلبها الأم ، مع وجود من تبرع بالإرضاع أو وجود من تأخذ أقل من أجر الأم ، لا فرق في ذلك بين أن يكون الأب موسراً أو معسراً .

لكن يمرض الأمر على الأم ، قبل أن يسلم الرضيع للتبوعة ، أو التي تقبل أجراً أقل ، فيقال للأم إما : أن ترضعه مجاناً ، أو بمثل الأجر الذي قبلته المرأة الأخرى ، وإما أن تسلمه لها ، فإن لم تقبل الأم أن ترضعه مجاناً أو بالأجر الأقل وسلمته إلى المرأة الأخرى يلزم المرضعة أن تقوم بإرضاع الولد عند أمه ، أو ترضعه في بيتها ثم ترده إلى أمه ، لأن حضانة الولد لأمه وامتناعها عن الإرضاع لا يسقط حقها في الحضانة .

ومذهب المحققية : أن الأم أحق بإرضاع ولدها ولو حال قيام الزوجية ، ومقدمة على الأجنبية ما لم تطلب أجره أكثر منها ، ففي هذه الحالة لا يضار الأب ، وإن رضيت الأجنبية بإرضاعه مجاناً أو بأقل من أجره المثل والأم تطلب أجره المثل فالأجنبية أحق منها بالإرضاع ، ولا يجب أن ترضعه عندها ، بل يسقط حقها من الحضانة من غير أن تمنع عنه .

فإذا تبرعت الأم بإرضاع ولدها بدون أجر فليس للأب أن يمنحها منه ، لأن في إرضاع الأم للولد وهي أقرب الناس إليه ، وأكثرهم شفقة وحنانا عليه ، رعاية لمصلحة الصغير ، ولا يترتب عليه إضرار بالأب ، فلا يكون هناك مبرر لمنع الأم منه ، ولأن في منع الأم من إرضاع ولدها إضراراً بها ، وهو لا يجوز لقوله تعالى « لا تضار والدته بولدها » .

وتكون الأم أحق بإرضاع الولد إذا رغبت في إرضاع ولدها وطلبت أجراً على إرضاعه ، ولم تكن زوجة ولا معتدة من طلاق رجعي أو بائن ، ولم يوجد من تتبرع بالإرضاع أو من ترضى بأجر أقل .

وذهب الجعفرية : إلى أن (الظئر) أي المرضعة المستأجرة . إذا أبت أن ترضع الطفل بعد انقضاء مدة الإجارة ، وكان لا يقبل الصبي ثدي غيرها ، فإنها تجبر على إرضاعه بأجرة ، حفظاً للنفس المحترمة من التلف ، ولا تلزم بالكث عند أم الطفل ، ما لم يشترط ذلك في العقد .

الحق الثالث : الحضانة

تعريفها :

الحضانة في اللغة « بفتح الحاء وكسرهما » معناها الحِضْن وهو الجنب أو الصدر ، والمضدان وما بينهما ، يقال حضن الطائر بيضه إذا ختمه إلى نفسه تحت جناحه ، وحضنت الأم ولدها إذا ختمته إلى جنبها أو صدرها ، وقامت بقريبته ، وتسمى حينئذ حاضنته ^(١) .

والحضانة في اصطلاح الشرعيين : تربية الطفل ورعايته ، والقيام بجميع شؤونه ، من تدبير طعامه وملبسه وفومه ، والاهتمام بنظافته في سن معينة ، من له حق قريبته شرعاً من الأقارب المحارم .

ويمرّفها الشافعية : بأنها تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ، ولو كان كبيراً مجنوناً ، كأن يتمه بفلس جسده وثيابه ودهنه وكحلّه ، وربط الصغير إلى المهد وتحريكه لينام ^(٢) .

لمن حق الحضانة :

الصحيح أن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة ، فليس حقاً خالصاً للصغير ، وليس حقاً خالصاً للأم ، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى ،

(١) راجع لسان العرب مادة « حضن » .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢١٤ ، والاختصاص ج ٢ ص ١٢٠ .

لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه ، وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في باب الحضانة .

فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير ، ذلك لأن من حق الولد أن يعنى به والداه منذ ولادته ، ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه ، وهذا ما يكون في الفترة الأولى من حياته واجباً على الأم ، لأنها أقدر على هذا من الأب .

وعلى هذا ما ينقل من الخلاف في حق الحضانة ، وذهاب البعض إلى أن الحضانة حق للحاضنة ولهذا لا تجبر عليها ، لأن الانسان لا يجبر على حقه ، وذهاب آخرين إلى أن الحضانة حق للصغير ، ولهذا رأوا أنها تجبر على الحضانة ، فهو من قبيل الخلاف اللفظي الذي لا يرتب آثاراً شرعية في الأحكام .

وقد تفرع على كون الحضانة حقاً لكل من الحاضنة والولد الأحكام الآتية :

١ - أن الحاضنة أما كانت أو غيرها إذا تعينت للحضانة ، بأن لم يوجد غيرها ، أو وجد من يليها في استحقاق الحضانة ، لكنه لم يرض بحضانة الصغير أجبرت عليها ، مراعاة لحق الصغير ، وحفظاً له من الضياع .

٢ - أن الحاضنة إذا لم تتعين للحضانة لا تجبر عليها ، لأن الحضانة حقها ، ولا ضرر على الصغير في امتناع الحاضنة عن القيام بها ، لوجود من يحمل محلها فيكون لها الحق في الامتناع عنها .

هذا وتكون الحاضنة متعينة ، إذا لم يوجد للصغير سوى الأم أو الجدة أو العمة من ذوات المحرم ، وتكون غير متعينة إذا وجد للصغير أكثر من حاضنة ، مثل الأم والجدة والحالة والعمة .

٣ - أن الأب ليس له أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في الحضانة ، ويمطيه لمن دونها إلا إذا كان هناك مبرر شرعي ، لأن في أخذه تفويت لحق الحضانة ، ومن المبررات أن تكون الحاضنة الأقل مرتبة متبعة بالحضانة ،

وصاحبة الحق تطلب أجراً ، أو أن تكون الأقل مرتبة ترضى بأجر أقل مما تطلبه صاحبة الحق في الحضانة ، ولو كان ما تطلبه أجر المثل .

٤ - يجب على المرضعة إذا كانت غير حاضنة للولد ، أن تقوم بإرضاعه عند الحضانة ، حتى لا يفوت حقها في الحضانة .

٥ - إذا أراد الأب نقل الطفل من البلد الذي فيه حاضنة الصغير لا يجوز له ذلك ، لأن في نقله تقويت لحق الحضانة في الحضانة .

٦ - إذا رغبت الأم التي لها حق الحضانة في مصالحة الأب على إسقاط حقها في الحضانة ، وتركه عند الأب مدة حضانتها له نظير مقابل من المال تأخذه منه ، كان هذا الشرط باطلاً ، مراعاة لحق الولد ، لأن في ذلك تقويتا لحق الصغير في الحضانة وإسقاطه ، وتقويتا لحق من يلي الأم في الحضانة ، وهي لا تملك إسقاط حق غيرها .

٧ - إذا خالعت الأم زوجها على أن يبقى ولدها المحتاج للحضانة عنده كان الخلع صحيحاً ، والشرط باطلاً ، لأن وجود الصغير عند أمه زمن الحضانة أنفع له ، وهو حق له ، فلا يجوز للأم الاتفاق على إسقاط حق غيرها .

ويجري عمل القضاء المصري على أن الحضانه حق لكل من الحضانه والمحضون ، فقد قررت محكمة جرجا الشرعية في ٢٢ يولية سنة ١٩٣٣ : « أن لكل من الحضانه والمحضون حقاً في الحضانه ، وأن حق المحضون أقوى من حق الحضانه ، وأن إسقاط الحضانه حقها في الحضانه لا يسقط حق الصغير » (١) .

من يثبت له حق الحضانه ،

يعتمد ثبوت حق الحضانه على قوة القرابة ، مع كثرة الشفعة الداعيان إلى

رعاية مصالح الطفل ، وتوفير ما فيه نفعه وصلاحه ، والقيام على حفظه وتدريبه شؤونها كلها .

ولما كان النساء فيهن رفق وقوة عاطفة أكثر من الرجال ، جعل الشارع لمن حق الحضانة ، ولكن على ترتيب خاص قائم على المعاني ، فهو لذلك على درجات متفاوتة ، فإذا لم يوجد من النساء محرم للصغير ، انتقل حق الحضانة إلى الرجال تبعاً لترتيبهم في الإرث

ترتيب المحاضنات من النساء

يثبت كما قدمنا حق الحضانة أولاً للنساء ، فيكون ١ - الأم ، فهي أحق بالولد من غيرها سواء كانت متزوجة بأبي الصغير ، أو مطلقة في عدة أو منقضية عدتها ، متى كانت أهلاً للحضانة ، وإنما نبت لها حق القدم لكونها أرفق الناس وأشفقهم بالصغير من غيرها . ويدل لهذا ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وإن أباه طلقني ، ويريد أن ينزعه مني ؛ فقال رسول الله : « أنت أحق به ما لم تتزوجي »

وروي أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، وأراد أن يأخذ ولده عاصماً منها ، فأبت عليه ذلك ، ونحاصمها إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه وهو خليفة ، فقال أبو بكر لعمر : أحل بينه وبينها ، ريجها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك . وكان هذا القضاء بحضور من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على تقديم الأم على غيرها ، ولو كان أباً .

٢ - فإن لم توجد الأم ، أو وجدت ، ولم تكن أهلاً للحضانة ، ينتقل حق الحضانة إلى جدة الصغير أم أمه ، فإن لم توجد ينتقل الحق إلى أم الأب ، ووجه تقديم أم الأم على أم الأب في الحضانة ، مع تساويهما في القرابة ، هو

أن قرابة أم الأم استفيدت من الأم، وقرابة أم الأب استفيدت من جهة الأب،
ولما كان حق الحضانة يستفاد من جهة الأم ، فتكون قرابتها مقدمة على
قرابة الأب (١) .

٣ - فإن لم توجد الجدة أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة ، انتقل حق
الحضانة إلى الأخوات ، ويكون أحق من الحالات والعمات ، لأن الأخوات
بنات الأبوين ، والحالات والعمات بنات الأجداد والجندات ، وبنات الأبوين
أقرب من بنات الجندات ولأجداد ، وتقدم الأخت الشقيقة لشقيقتها على الأخت
الأم ، وتقدم الأخت لأم على الأخت لأب ، لأن الحق يثبت لها من جهة الأم .

٤ - فإن لم توجد للصغير والصغيرة واحدة من الأخوات ، أو وجدت ولم
تكن أهلاً للحضانة ، انتقل حق الحضانة إلى بنات الأخوات الشقيقات ،
والأخوات لأم ، على أن تقدم بكت الأخت الشقيقة على بنت الأخت للأم .

٥ - فإن لم توجد واحدة من الأخوات أو بناتهن ، انتقل حق الحضانة
إلى الحالات (أخوات أم الصغير أو الصغيرة) ، وتقدم الحالة الشقيقة ، ثم
الحالة لأم ، ثم الحالة لأب .

٦ - فإن لم توجد واحدة من الحالات ، انتقل حق الحضانة إلى بنت
الأخت لأب (على الصحيح) ، وقيل إن بنت الأخت لأب تقدم على الحالة ،
ولكن الصحيح أن الحالة مقدمة ، لأن قرابتها من جهة الأم ، أما بنت
الأخت لأب فقرابتها من جهة الأب ، والحضانة إنما تستفاد من قبل الأم ،
فكان المنسب بها أولى .

٧ - فإن لم توجد واحدة من بنات الأخت لأب ، انتقل حق الحضانة
إلى بنت الأخ الشقيق ، ثم إلى بنت الأخ لأم ، ثم إلى بنت الأخ لأب .

وإنما قدمت بنات الأخوات على بنات الإخوة ، لأن قرابة بنات الأخوات للصغير جاءت عن طريق الأخت ، والأخت لها حق الحضانة ، أما بنات الأخوة فقرابتهن للصغير جاءت عن طريق الأخ ، والأخ لا حق له في الحضانة مع وجود النساء ، فكان من ينتسب إلى الصغير بمن له حق في الحضانة أولى بمن ينتسب إليه بمن ليس له حق في الحضانة .

٨ - فإن لم توجد واحدة من بنات الإخوة ، انتقل حق الحضانة إلى العمات (أخوات أبي الصغير أو الصغيرة) ، مع تقديم العمّة الشقيقة ، ثم العمّة لأم ، ثم العمّة لأب .

٩ - فإن لم توجد واحدة من العمات ، انتقل حق الحضانة إلى خالات الأم ، ثم إلى خالات الأب ، وتقسم الحالة الشقيقة ، ثم الحالة لأم ، ثم الحالة لأب .

١٠ - فإن لم توجد واحدة من هؤلاء ، انتقل حق الحضانة إلى عمات الأم ، ثم إلى عمات الأب حسب الترتيب السابق .

حضانة الرجال :

إن لم يوجد من النساء محرم للصغير أو الصغيرة ، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبية على حسب ترتيبهم في الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد أبو الأب ، وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ، ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب إن كان من يستحق الحضانة غلاماً ، فإن كان أنثى لم يكن لابن العم حق في حضانتها سواء كانت صغيرة غير مشتهة أولاً ، وسواء كان ابن العم مأموناً عليها أو غير مأمون لأنه ليس بمجرم لها (١) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٥٦ . وشرح الزيلعي ج ٣ ص ٤٧ .

فإن لم يوجد أحد من العصبات المحارم، أو وجد ولم يكونوا أهلاً للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى المحارم من غير العصبية على الترتيب الآتي .

الجد أبو الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخت الشقيقة ، ثم ابن الأخت لأب ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم ابن الأخت لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم . وهذا عند أبي حنيفة لأن هؤلاء الأقارب ولاه الزواج فيكون لهم حق الحضانة .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كان الأمر مفوضاً لرأي القاضي ، فيضع الولد عند من يثق به من الرجال أو من النساء .

وحين يوجد مستحقون للحضانة متعددين ، وكلهم أهلاً للحضانة ، وفي درجة واحدة كإخوة أشقاء ، أو أخوات شقيقات ، أو إخوة لأب ، يقدم أصلحهم لتربية الولد ، فإن تساؤروا في الأصلحية ، قدم من كان أكبر سناً ، لأنه في الغالب عنده دراية بما فيه المصلحة للصغير ، وأكثر تجربة ، وإلا فيختار القاضي منهم من يشاء ^(١) .

ومذهب الجعفرية: الحضانة للأم ثم للأب، وإذا مات الأب أو جُنُ بعد أن انتقلت إليه الحضانة، وكانت الأم ما زالت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة،

(١) راجع في هذا بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٥٥ . وإن أردت معرفة الترتيب في المذاهب الأخرى فراجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢١٥ للمذهب الشافعية ، وشرح الدررهم وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٣٧ . فقد قالت الشافعية إن الحضانة للأم ثم أم الأم وإن حلت بشرط أن تكون وارثة . ثم الأب ثم أمه ثم أم أمه وإن علت بشرط أن تكون وارثة . ثم الأقرب من الأثاث ثم الأقرب من الذكور . ومذهب المالكية : تنتقل من الأم إلى أمها وإن حلت . ثم الحالة الشقيقة . ثم الحالة لأم . ثم حالة الأم . ثم عم الأم ثم عم الأب . ثم أم أمه . ثم أم أبيه الخ - أما الحنابلة فقالوا هي للأم ثم أمها ثم أم أمها ثم الأب ثم أمها ثم الجد ثم أمها ، ثم الأخت لأبوين . ثم لأم . ثم لأب . ثم الحالة لأبوين ثم لأم الخ - راجع المغنى لابن قدامة ج ٩ باب الحضانة .

وكانت أحق من جميع الأقارب بما فيهم الجد لأب ، حتى ولو كانت متزوجة من أجنبي : وإذا فقد الأبوان انتقلت الحضانة إلى الجد لأب ، وإذا فقد ولم يكن له وصي كانت الحضانة لأقارب الولد على ترتيب الميراث ، الأقرب منهم يمنع الأبعد ، ومع التعدد والتساوي كالجدة لأم والجدة لأب ، وكالعمة والحالة أقرع بينهم عند الخصومة والتشاح ، فمن خرجت القرعة باسمه كان أحق بالحضانة إلى أن يموت ، أو يمرض عن حقه

شروط الحضانة

حيث كانت تربية الطفل تتطلب عناية خاصة ، ومقدرة معينة ، شرط الشارع في استحقاقها أموراً باجتماعها يمكن الوصول إلى تلك التربية المنشودة ، وبفقدان واحد منها يتطرق الخلل إلى تربية الصغير .
وهذه للشروط بعضها يشترط في كل من يثبت له حق الحضانة ، لا فرق في ذلك بين النساء والرجال ، وبعضها خاص بما إذا كانت الحاضنة امرأة ، وبعضها خاص بما إذا كان الحاضن رجلاً ، وإليك بيان تلك الشروط .
أما الشروط العامة التي تشترط في كل من يقوم بحضانة الصغير أو الصغيرة رجلاً كان أو امرأة فهي :

١ - البلوغ والعقل والحرية ، فالصغير أو الصغيرة والمجنون أو المجنونة والملوك وإن كانوا يميزن لا يثبت لهم حق الحضانة ، وكذلك المعتوه والمعتومة ، وذلك لأن الصغير غير البالغ لا يحسن القيام بشئون نفسه ، فلا يوكل إليه القيام بشئون غيره ، وكذلك الصغيرة ، ولأن غير الماقل لا يحسن القيام بحفظ الولد ورعايته إذا ثبتت له الحضانة ، بل إنه قد يخشى على الولد منه .

٢ - القدرة على تربية المحضون وحفظه ، ورعاية شؤونه ، فإذا كان الحاضن أو الحاضنة عاجزاً عن القيام بذلك لماعة ، أو كبير سن أو مريض ، أو شغل لا تثبت الحضانة .

فإن كانت المرأة محترفة، فإن كان عملها ينمى من تربية الصغير أو الصغيرة والعناية بها لا تكون أملاً للحضانة، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدريب شتله، لا يسقط حقها في الحضانة، فالمدار في استحقاق المرأة المحترفة للحضانة، أو عدم استحقاقها هو قدرتها على تربية الصغير ورعايته، وعدم القدرة على ذلك.

وما تقدم يعلم أن من تمارس مهنة الطب أو التعليم يلزم أن يبقى لها حق الحضانة، إذا كان عملها وخروجها من البيت لا يتسبب في ضياع الولد، لأن الكثيرات منهن قبل الخروج إلى عملها تمهد بالولد إلى من تنوب عنها في ملاحظته، والإشراف عليه مع ملاحظتها له بين الحين والحين، ولهذا جاء في مجلة المحاماة الشرعية السنة العاشرة قضاة المحكمة أسبوط الشرعية في ١٥/٧/١٩٤٧ بأنه إذا كانت ظروف العمل لدى الحاضنة التي تقوم بالتدريس تسمح بإرضاعها ولدها في الأوقات الواجبة، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع، اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع. وحفظه، طبقاً لما تشير إليه النصوص الشرعية.

كذلك رفضت إحدى المحاكم دعوى طلب فيها الأب ضم ولده إليه لأن أمه موظفة في إحدى الشركات العامة، معلة هذا الرفض بأن خروج الأم بعض الوقت في أثناء النهار لمباشرة أعمالها لا يحول بينها وبين عنايتها بولدها ومحافظتها عليه، والدليل على ذلك أن المدعي وهو والد الصغير لم يذكر حادثة واحدة ترقب عليها إلحاق الأذى بالصغير، أو لزم منها ضياعه وهذا هو مناط سقوط حق الحضانة. ومع ذلك فإن الأم قد قررت أن أمها - وهي التي لها حق حضانة هذا الصغير بعدما - تعيش معها ولقوم على رعايته والمحافظة عليه أثناء قيامها بأعباء الوظيفة^(١).

٣- أن تكون الحاضنة آمنة على أخلاق المحضون، والمرأة الفاسقة التي يشغلها نفسها

عن العناية بالصغير ، ويؤدي تركه عندها إلى ضياعه لا يكون لها الحق في الحضانة ، وأيضاً لو كان الرجل فاسقاً ، ومخشئ ضياع الصغير إذا ترك عنده لا يكون أهلاً للحضانة .

أما إذا كان فسق المرأة أو الرجل لا يمنع من العناية بالصغير ، والقيام بأمره فلا يسقط حقها ، إلا أن المرأة إذا كانت سيئة السلوك ، وخيف على الولدان يتأثر بسلوكها فإنه يكون لها حق الحضانة إلى أن يعقل الصغير ، وذلك ببلوغه سبع سنين ، حتى إنه إذا خيف عليه أن يألف ما تفعله من المعاصي فقد قالوا يسقط حقها في الحضانة وإن لم يبلغ هذه السن ، مراعاة لصالح الصغير حتى لا يشب دارجاً على الرذيلة ، وهذا ما تجري عليه المحاكم .

ويشترط لاستحقاق النساء للحضانة زيادة على ما سبق ما يلي

١ - أن تكون الحاضنة غير متزوجة بأجنبي عن الصغير ، أو بقريب غير محترم له ، فإن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير ، أو كانت متزوجة بغیر ذي رحم محرم له ، فلا حق لها في الحضانة ، أما إذا كانت متزوجة بقريب محترم للصغير كعمه أو جده فلا يسقط حقها فيها ، ودليل حرمان الزوجة قوله عليه السلام في قصة المرأة التي طلقها زوجها وأراد أن يأخذ ولده منها : « أنت أحق به ما لم تتزوجي » . فإنه جعل زواج الأم مسقطاً لحقها في حضانة ولدها ، وحيث جعل زواج الأم مسقطاً لحقها في الحضانة ، فسقوط حق غيرها بالزواج يكون من باب أولى .

والحديث في ظاهره يفيد سقوط حق الأم في الحضانة بنزوحها سواء كان الزوج أجنبياً عن الصغير أو قريباً له ، محترماً للصغير أو غير محترم ، لكن الحنفية ومهم المالكية اعتبروا الزواج المسقط لحق الحضانة هو الزواج بالأجنبي ، أو القريب غير المحترم ، لأن الشأن في مثل هؤلاء الأزواج أنهم لا يعطفون على الطفل ، أما القريب المحترم فيعطف على الصغير ولا يتضرر من وجوده مع زوجته لوجود القرابة الباعثة ، فمن تزوجت بأمم الصغير الذي هو قريب

غير محرم لا يبقى حقها في الحضانة، أما من تزوجت بهم الصغير فإنه يبقى حقها في الحضانة ولا يسقط، فإن كان الزوج محرماً غير قريب كالعم من الرضاعة، فلا يكون لها حق في الحضانة، لعدم العطف منه على الصغير غالباً، وعدم تمكين الزوجة من العناية به وتوفير الخدمة له.

وقال الجعفرية: تسقط حضانة المرأة بالزواج مطلقاً، سواء أكان الزوج رجلاً أم أجنبياً إذا كان الأب موجوداً، وتنتقل الحضانة إلى الأب. فإذا لم يكن للطفل أب فلا يسقط حق الأم بالتزويج بل تكون هي أول من الجد وإن تزوجت، فإذا طلقت الأم بعد تزوجها بزواج آخر قال المالكية لا تعود إليها الحضانة، وقال الأئمة الثلاثة والجعفرية: إذا ارتفع المانع تعود حضانتها بعد أن سقطت بالزواج.

٢- كون الحاضنة قريبة للطفل، ذات رحم محرم من الصغير كأمه أو خالته أو أخته، فالأجنبية عن الصغير لا يثبت لها حق الحضانة، ولو كانت محرمة عليه، كاخته (أو أمه رضاعاً)، ولهذا كانت بنات الأعمام أو العمات للصغير وبنات الأخوال والحالات لسن أهلاً للحضانة لقربتهن للصغير غير المحرمة.

٣ - ألا تقيم بالولد في بيت يتضرر به، فإن أقامت الحاضنة بالصغير في بيت من يبغضه ويكرمه، ولو كانت قريباً سقطت حضانتها، لأن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الصغير وصيافته، وفي إقامتها مع المبغض للولد يعرضه للأذى والضياح، فإذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وسقط حقها في حضانتها، وأخذته جدته (أم أمه) فإن أقامت بالصغير مع زوج ابنتها التي هي أم الصغير، كان للأب أن يأخذ الصغير منها، أما إذا أقامت به في بيت رجل آخر، كنزوح خالة الصغير فإنه لا يسقط حقها في الحضانة، لأن هذا الأجنبي لا يبغض الصغير ولا يكرمه.

٤ - ألا تكون الحاضنة مرتدة، فالمسلة الحاضنة التي هي أم إذا ارتدت عن الإسلام لم يكن لها الحق في الحضانة، لأن حكم المرتدة في الشريعة الإسلامية

أنها لمحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت فهي لا تتمكن من القيام بربية أولادها ، والعناية بأمرهم .

أما المحامد الدين بين الحاضنة والحضون فقير مشروط عند غير الشافعية والجمهرية لأن الحضانة تقوم على أساس الحنان والشفقة ، واختلاف الدين غير مؤثر في ذلك ، فعلى هذا تكون الأم الكتابية أحق من غيرها بحضانة ولدها الصغير المسلم من زوجها المسلم ، ما لم تخش عليه الفتنه في حضانتها ، ويبقى لها حق الحضانة إلى أن يصل الولد الأديان ، وذلك ببلوغة سن السابعة ، إلا أن يتضح أن بقاءه معها خطراً على دينه بأن بدأت تعلمه أمور دينها ، أو تقوم أمامه بطقوس شريعتها ، أو تذهب به إلى معابد ما ، أو تعود به على أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر ، فإن فعلت شيئاً من ذلك ، فإنه ينزع منها حق لا يتأثر بما تلقته ، فيشرب على ما ألفت مخالفاً لدينه ، وقال ابن حزم لا يشترط الاتحاد زمن الرضاع ويشترط بعده

واشترط الشافعية والجمهرية إسلام الحاضنة ، فقالوا لا حضنة لكافرة على مسلم ، وقال الحنفية إن ارتداد الحاضن والحاضنة عن الإسلام هو الذي يسقط الحضانة .

فإذا توفرت الشروط السابقة في الحاضنة كانت أملاً للحضنة ، أما إذا تخلفت شرط منها ، فلا تكون أملاً لها ، وينتقل الحق عنها إلى من تليها في الرتبة من الحاضنات ، فإذا زال المانع عاد إليها حق الحضانة ، فإذا تزوجت الأم بغير ذي رحم محرم للصغير ، ثم طلقت منه عاد حقها إليها بعد سقوطه عنها .

واشترط الجمهرية أن تكون الحاضنة سليمة من الأمراض السارية حق إله إذا كان أحد الأبوين مصاباً بمرض ممد أو جنون يسقط حق حضنته عنه وينتبهت للآخر . وقال الحنابلة لمحب سلامتها من البرص والجذام (١) .

شروط خاصة بحضانة الرجال زيادة على الشروط العامة السابقة :

١ - أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة ، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها ، ولأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنة وفساد ، فقالوا لا يثبت ذلك سداً للذريعة ، غاية الأمر أنه إذا لم يكن للبننت عصبه غير ابن عمها ، فللقاضي أن يبقيا عنده ، إذا كان مأموناً عليها ، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها عنده .

٢ - اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم ، وخص بعض الأئمة هذا الشرط بما إذا كانت الحضانة للعصبه من الرجال المحارم ، أما الرجال غير العصبه من الرجال المحارم الأقارب ، فقالوا بعدم اشتراط اتحاد الدين .

وجه قول الجمهور : أن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع الاختلاف في الدين . فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم ، والآخر غير مسلم ، والطفل مسلم ، فحضنته لأخيه المسلم - هذا وجميع الديانات غير الإسلام تعتبر ديناً واحداً كما في الميراث .

أجر الحضانة :

الحاضنة إما أن تكون أما أو غير أم :

فإذا كانت أما فلا تستحق أجره على حضانتها إذا كانت زوجيتها قائمة لأبي الولد ، أو كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو طلاق بائن على إحدى الروايتين عند الحنفية . وذلك لأنها تستحق نفقة زوجية ، أو نفقة العدة فلا تستحق نفقة أخرى في نظير الحضانة ، ولأن ما تأخذه الحاضنة نظير حضانتها ليس أجراً خالصاً ، بل له شبهان : شبه بالنفقة ، وشبه بالأجر ، فمن جهة أن الحاضنة تقوم بخدمة الصغير وتربيته ، فإن ما تأخذه في نظير ذلك يعتبر

أجرة على عملها - ومن جهة أن أجرة حضانة الصغير من نفقة الصغير، ونفقته واجبة في ماله إن كان له مال ، وعلى من تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال ، يعتبر ما تأخذه الحاضنة في نظير حضانة الصغير من نفقته ، فلو حظ هذا المعنى في استحقاق الحاضنة لأجرة الحضانة .

أما إذا كانت الأم الممتدة الحضانة غير مستحقة لنفقة كالمتدة عن وفاة ، أو طلاق عن إبراء ، أو زوجة بملقضى زواج عرقي ، أو كانت حاضنة بعد انتهاء البدة ، فإنها تستحق الأجرة على حضانة ولدها الصغير لأنها في تلك الحالات لا تستحق نفقة على الأب ، وقد حبست نفسها لمصلحة الصغير وحضانه ، ومن المقرر أن من حبس نفسه للقيام بعمل ، استحق الأجر في مقابل هذا العمل

وكذلك الأم إذا كانت معتدة ، وأمرت بالكف عن المطالبة بنفقة عدتها ، لمضي سنة من تاريخ طلاقها ، لأنها لا تكون قد جمعت بين نفقة عدتها ، وأجرة حضانتها .

أما غير الأم فلكون الحضانة عمل من الأعمال ، فيستحق من يقوم بها أجراً في مقابلتها ما لم يكن متبرعاً .

وقال الشافعية والحنابلة للحاضنة الحق في طلب الأجرة على الحضانة أما كانت أو غيرها وقال المالكية والشيعة الجعفرية: تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة . ولكن قال الجعفرية : إن للحضانة أجرة كالرضاع . فإن كان للرضيع مال أعطيت منه الأجرة وإلا فعلى الأب إن كان موسراً . لكن أجرة الحضانة غير لازمة ولا يجب على الأم الحضانة مجاناً فلها طلب الأجرة ، وللاب الخيار حينئذ بين دفع الأجرة وأخذ الصغير أو الصغيرة منها ، وإذا لم يكن شأن الأب الحضانة ولم يحصل متبرع ، وطلبت الأم ما يطلبه غيرها من الأجرة فلا يبعد وجوب إيجاتها . ولو طلبت أكثر مما

يطلب غيرها فلا تجاب إلى ذلك في مذهب الجعفرية (١) .

وقت استحقاق الأجرة :

لا تختلف الحضانة عن الرضاع من حيث الأجرة وتاريخ استحقاقها . وعلى هذا إن وجد اتفاق بين الحاضنة ، ومن تجب عليه أجرة الحضانة ، أو صدر حكم من القاضي بها ، فاستحقاق الأجرة يكون من تاريخ الاتفاق أو الحكم ، فإن لم يكن عقد أو اتفاق ولا حكم ، فإن كانت الحاضنة غير الأم ، فلا تستحق أجرة إلا من تاريخ حصول الاتفاق أو الحكم بها ، حتى إنها لو قامت بالحضانة مدة ، ولم يكن هناك اتفاق بينها وبين أبي الصغير ، أو من تلزمه الأجرة ، ولا حكم ، لا يكون لها حق في المطالبة بأجرة عن هذه المدة ، لأن أجرة الحضانة كسائر الأجور ، لا تستحق إلا بالمقدار أو قضاء القاضي .

أما إن كانت الحاضنة أمًا للمحضون ، فإنها تستحق الأجرة من وقت قيامها بالحضانة ، بعد انقضاء المدة من غير توقف على تراض أو قضاء ، وقيل تستحق الأجرة من يوم الاتفاق أو القضاء (٢) .

أما القضاء في مصر فيجري على استحقاق الأم للأجرة على الحضانة من تاريخ قيامها فعلاً ، ولو لم يكن هناك تراض أو قضاء ، واستحقاق غير الأم من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها ، كما في أجرة الرضاع - وبعض المحاكم تجري على استحقاق أجرة الحضانة من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها ، سواء أكانت الحاضنة أمًا أو غيرها ، والذي استقر عليه القضاء هو الرأي الأول .

على من تجب أجرة الحضانة :

تجب أجرة الحضانة على الصغير في ماله إن كان له مال لأنها جزء من نفقته ،

(١) راجع الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص ١٠٠ .

(٢) راجع الفتاوى المهدية ج ١ ص ٢٧١ ، ٢٧٤ .

ونفقته واجبة عليه في ماله ، فإن لم يكن له مال فتجب على من تجب عليه نفقة الصغير ، فإن كان أبو المحضون حياً وله مال أو كسب فأجرة الحضانة عليه ، وإن كان معسراً وجبت عليه أجرة الحضانة ، وتجعل ديناً في ذمته يطالب بها عند يساره ، وإن كان فقيراً عاجزاً عن الكسب وجبت على من تلزمه نفقة الصغير من أقاربه ، وكذلك إن لم يكن الأب موجوداً .

وأجرة الحضانة عند وجوبها ، لها حكم سائر الأجور ، لا تنقط بموت الحضانة ولا بموت الصغير ، ولا بموت من تجب عليه . ومذهب الجعفرية أن الأجرة تلزم أبا الصغير أو الصغيرة إن لم يكن له مال ، فإن لم يكن له مال فلا يلزم أباه شيء منها إلا أن يتبرع .

وعندما تستحق الحضانة أجر المسكن لأجل الحضانة ، وذلك إذا لم يكن لها مسكن مملوك ، كانت تسكنه قبل الحضانة ، أو لم تكن الحضانة متزوجة بذوي رحم محرم ، فعين تطلب أجراً للسكن ، فالأجرة تجب على التفصيل السابق في أجرة الحضانة نفسها ، وكذلك الحكم في أجرة خادم الصغير عندما يحتاج إليه .

أجرة الحضانة عند وجود متبرعة بها :

حين تطلب مستحقة الحضانة أجراً على حضانة الصغير ، وتمتنع عن حضانتها إلا بأجر . وتوجد امرأة تتبرع بحضانتها مجاناً وبلا أجر .

فإذا أن تكون المتبرعة من أهل حضانة الصغير ، بأن كانت قريبة له قرابة تحرم الزواج بينها ، وتتوفر فيها شروط الحضانة ، كالجدة لأم أو الحالة أو العمة أولاً ، فإن كانت كذلك فإما أن يكون للصغير مال أولاً .

فإن لم يكن للصغير مال ، فإما أن يكون الأب هوسراً أو معسراً ، فتلك حالات خفي :

١ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضنة ، والصغير مال ، قدمت المتبرعة على صاحبة الحق في الحضنة سواء كان الأب موسراً أو معسراً .

ذلك لأن الصغير إذا كان له مال فأجرة حضنته واجبة في ماله ، ففي إعطائه لمن تتبرع بحضنته إعفاء له من الأجرة ، وفيه حفظ لماله ، ولا ضرر يلحق الصغير في إعطائه للمتبرعة ، لتوفر شفقة الحضنة لكونها من المحارم .

٢ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضنة ، وليس للصغير مال ، وكان الأب معسراً لا يستطيع دفع الأجرة يمطي للمتبرعة ، لأن إعطائه للأم بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للحضنة يقترب عليه إلزام الأب بالأجر بلا داع ، وفي هذا إضرار للأب بسبب ابنه يتعارض مع قوله تعالى « لا تضار والدته بولدها ، ولا مولود له بولده » .

٣ - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضنة ، والصغير ليس له مال وكان الأب موسراً قدمت صاحبة الحق في الحضنة على المتبرعة ، لأن الصغير إذا لم يكن له مال كان أجر الحضنة على أبيه ، وإعطاؤه للحضنة دون المتبرعة فيه مصلحة للصغير ، لأنها أكثر حناناً وعطفاً عليه من المتبرعة ، وما دام الأب موسراً فلا ضرر عليه في إلزامه بالأجرة للحضنة (١) .

٤ - إذا لم تكن المتبرعة من أهل الحضنة ، قدمت صاحبة الحق في الحضنة على المتبرعة ، سواء كان الأب موسراً أو معسراً ، وسواء كان الصغير له مال أو لم يكن له مال ، ذلك لأن في تسليم الصغير إلى المتبرعة ، لا يكون فيه مصلحة له وتسليمه إلى من لها الحق في الحضنة فيه نظر ومصلحة له ، لأنها أشفق على الصغير من غيرها ، والمحافظة على مصلحة الصغير أول بالرعاية من المحافظة على جزء ماله أو مال أبيه ، لأن المال خلق لحماية النفس وقضاء مصالحها .

هـ - إذا كانت المتبرعة بالحضانة غير محرم للصغير فلا تقدم على صاحبة الحق في الحضانة ، فإن كانت محرماً فتقدم المتبرعة ، إذا كانت الأجرة واجبة في مال الصغير ، أو كان الأب معسراً

وبالتأمل في الأحكام السابقة يتضح أن الحضانة تختلف عن الرضاع في حكم التبرع . فإن المتبرعة بالرضاع كما عرفنا تقدم على الأم إذا لم ترض بالرضاع بلا أجر ، ولو كانت المتبرعة أجنبية عن الصغير ، وكذلك تقدم إذا طلبت غير الأم أجراً على الرضاع أقل من الأجر الذي تطلبه الأم فلها تقدم على الأم ، سواء كان للصغير مال أو لم يكن ، وسواء كان الأب موسراً أو معسراً .

لكن المتبرعة بالحضانة تختلف عن ذلك فإنه لا يسلم للصغير إليها إلا في حالتين هما أن تكون الأجرة واجبة على الأب مع فقره وإعساره ، أو أن تكون الأجرة واجبة في مال الصغير وتأبى أمه في الحالتين أن تحضنه إلا بأجر . وهذا الاختلاف يرجع إلى أن المقصود من كل منها مختلف ، فالمقصود من الحضانة تربية للصغير ، وتعهد بالرعاية والعناية ، وتلك أمور قائمة على الحنان والشفقة والعطف ، ولا تتحقق في البعيدات إلا قليلاً ، وتزيد قوة وتتوافر درجة كلما قويت درجة القرابة ، وقربت من الصغير ، أما المقصود من الرضاع فهو التغذية ، والتغذية كما تتحقق من المحارم تتحقق من غيرهم ، فلا يكون في تقديم من تطلب أجراً أقل مما تطلبه الأم ، أو تقديم المتبرعة لإضرار بالصغير .

بقيت حالة أخيرة : هي ما إذا امتنعت الأم أو من يليها في استحقاق الحضانة عن حضانة الصغير إلا بأجر ولم توجد متبرعة بالحضانة من محارم الصغير ، وكان الأب معسراً ولم يكن للصغير مال ، فإن الأم تجبر على الحضانة والقيام على شؤون الصغير ، وتكون أجرتها في تلك الحالة ديناً على الأب يلزم بإدائه متى أيسر ، ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء ، لأنه من الديون القوية فإنه في مقابلة عمل تقوم به الأم ، وهو تدبير شؤون الطفل والقيام على

مصلحته . وكذا لا يسقط ما لمجهد منه بموت الصغير قبل أدائه ، لأن الأجر على العمل لا يسقط مطلقاً بالموت . وقد قدمنا أنه قد اتفق مذهب الجعفرية مع الحنفية على أنه لو تبرعت امرأة بإرضاع الطفل مجاناً ، وأبت الأم إلا الأجرة على الرضاع تقدم المتبرعة على الأم ، ويسقط حقها في الإرضاع ، أما حقها في الحضانة فيبقى على ما هو ، ويكون الطفل في رعايتها ، تأتي إليه المرضعة ، أو يحمل هو إليها .

وجاء في الأحكام الجعفرية أنه لو أبت أم الطفل حضنته مجاناً ، ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية ، أو كان الأب قادراً على حضنته ولو بالاستعانة بغيره من خادمه أو زوجته تخير بين إمساكه مجاناً ، ودفعه للمتبرعة أو للأب ، فإن لم تختار إمساكه مجاناً ، ودفع للمتبرعة أو للأب ، ولا تمنع من رؤيته وقمعه .

مكان الحضانة

هو المكان الذي تقيم فيه أم الطفل مع أبيه ، إذا كانت الزوجية قائمة بينها ، وعلى هذا إذا كانت الحاضنة الأم ، والزوجية قائمة ، لا يجوز للأب أن تنتقل من مكان الزوجية إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه وتنتهي مدة حضنته ، إلا إذا أذن لها الزوج في الانتقال ، سواء كان الصغير معها أو لم يكن ، فإن الزوجة يلزمها أن تلبس زوجها ، وتقيم معه في المكان الذي يقيم فيه ، وللزوج أن يحول بينها وبين الانتقال .

فإن لم تكن الزوجية قائمة ، وكانت مطلقة ، فإن كانت في العدة لمكان حضنة الصغير هو مكان قضاء العدة ، وهو المكان الذي وقفت فيه للفرقة ، لأن المعتدة يلزمها أن تقضي العدة في هذا المكان ، ولا يجوز لها الخروجها ، ولا إخراجها منه ، لقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » (الطلاق / ١) ولأن قضاء فترة العدة في بيت الزوجية

واجب ، لحق الزوج ولحق الشرع ، لا يحل لها الانتقال منه بولدها حتى ولو كان ذلك بإذن الزوج .

وبعد انقضاء عدتها من أبي الصغير ، يجوز لها أن تنتقل به إلى بلد هو مدينة لا قرية ، بشرط أن يكون قريباً من البلد الذي كانت تقيم فيه بحيث يستطيع الأب أن يذهب إليه لرؤية ابنه ، ويعود إلى بلده ببيت فيه ، لأنه ليس في هذا ضرر أو مشقة على الأب ، إذ تعتبر هذه النقلة كأنها انتقال من طرف إلى آخر في البلد الكبير الواحد^(١) ، فإن كان الانتقال إلى قرية فقد قال الفقهاء لا يجوز ، لأن في أخلاق أهل القرى جفوة ، فيخاف على الصغير أن يتعود بعاداتهم ، ويتخلق بأخلاقهم ، وليس هذا بشيء فإن الانحراف في المدن أشد منه في القرى .

ولا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد ولو قرية ومعها الصغير إلا بشرطين ، هما أن يكون هذا البلد هو بلدها الأصلي ، وأن يكون أبو الصغير تزوجها فيه ، فإذا توفر هذان الشرطان جاز للأم أن تلتقل بالصغير ، أما إذا لم يتوفر إلا شرط واحد أو كان بلدها دار الحرب والزوج مسلم ، لم يحز لها الانتقال ، ذلك لأنه إذا تزوجها في بلدها ، كان إقدامه على ذلك رضا منه ضمنياً بإقامتها بالولد فيه ، وهذا فضلاً عن كون إقامة الأم بولدها في بلدها ، بعد انقضاء عدتها مصلحة لها لا توجد في بلد أخرى هي وجودها بين أهلها وأقاربها . وفي ذلك مصلحة للصغير لإقامته مع أشفق الناس عليه ، فهذه المصلحة ترجح على ما عساه يلحق الأب من ضرر ببعده ولده عنه .

ويقتضى هذا أن يكون من تزوج امرأة من بلد وعقد زواجه بها، ثم انتقل بها إلى بلد آخر ، ثم طلقها بعد أن ولدت ولداً ، واعتدت ثم انقضت عدتها،

(١) راجع بدائع الصنائع ج ١ ص ٤٤ ، وفتح القدير ج ٣ ص ٣١٩ .

ثم بعد انتهائها وهي حاضنة للصغير انتقلت إلى البلد الاول ، لانني في ذلك ، ولا تسقط حضانتها متى كانت تلك البلد هي بلدها .

أما إذا كان عقد الزواج قد تم في بلد غير بلدها ، فلا يجوز لها الانتقال إلى بلد آخر انتقل إليها الزوج ، إلا إذا رضي الأب بالانتقال ، لأنه لم يوجد ما يدل على رضا الأب بحضانة الولد فيه - وأيضاً إذا أرادت الأم الانتقال بالصغير إلى البلد الذي تزوجها فيه ولم تكن بلدها الأصلي ، لا يجوز لها الانتقال ، لأن هذا البلد ليس وطنها ، وحصول الزواج فيه ليس دليلاً على رضا الأب بأن تقيم فيه .

وحد القرب للبلد عند أهل الفقه ، كون الأب أو الولي في استطاعته أن يسافر إليه ، ويرى الولد ، ثم يعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، وما عدا ذلك فهو بعيد .

ولم يتعرض الفقه لوسيلة الانتقال ، وما يعتبر به المكان قريباً أو بعيداً ، ويظهر أن ذلك راجع إلى العرف الذي يتعارفه أهل كل زمان ، فالمعبرة في زماننا بالمواصلات السائدة ، وهو ما يسير عليه قضاة المحاكم الآن ، هذا كله إذا كانت الحاضنة هي الأم .

أما إذا كانت الحاضنة امرأة أخرى غير الأم ، كجدة الصغير أو أخته أو خالته أو عمته فكان الحضانة هو بلد أبي الطفل ، لا يجوز لها أن تنتقل بالمحضون إلى غيره إلا برضا .

وللأب أن يمنحها من الانتقال إلى بلد آخر بدون رضا ، ولو كان هذا البلد وطناً للحاضنة ، لأن جواز الانتقال للأم إلى بلدها كان بسبب العقد ، أما غير الأم فلا يوجد عقد بينها وبين أبي الطفل .

ولم يفرق الفقهاء بين البلد البعيد والبلد القريب ، إذا كانت الحاضنة غير الأم .

وأجاز بعض التأخرين انتقال غير الأم إلى البلد القريب ، وسوى بين الأم وغيرها في ذلك . استناداً إلى ما عللوا به جواز انتقال الأم إلى المكان القريب وهو أن الانتقال من الأم إلى البلدة القريبة كالاتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة وعلى هذا جرى القضاء في مصر

وبالنظر في الأحكام السابقة نجد أن الحضانة تقوم على مراعاة مصلحة الصغير ، ومراعاة حق الوالدین له ، وذلك بالجمع بين حضانة الصغير بواسطة أمه أو قريباته ، وبين إشراف أبيه عليه حتى لا يضار والد ولا والدته بسبب الولد ، كما لا يحرم صغير من عطف حاضنته ورعاية أبيه .

ومن هنا قالوا : لا يجوز لأبي الصغير الذي هو في حضانة أمه ، أن يخرج الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها إلا بأذنها ، لأن في هذا الإخراج تفويت لحقها في الحضانة وحق الصغير ، فكان ممنوعاً من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ، اللهم إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة ، لسبب من الأسباب ، ولم يكن في البلد الذي هي فيه من يفتقل إليه حق حضانة الصغير ، فله أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي توجد فيه من لها حق الحضانة ، فإذا عادت أهلية أمه للحضانة فعليه أن يردّه إلى أمه في مكانها (١)

ومذهب الجعفرية أنه : يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها ، فإن أخذ المطلق ولده منها لتزوجها جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه في الحضانة - وقال الشافعية والمالكية والحنابلة له السفر في الحالتين

وأيضاً مذهب الجعفرية فيما إذا كانت الأم هي التي تريد السفر بالطفل أنه ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء المدة ، ولا بعد انقضائها

من مصر إلى مصر ولا من قرية إلى مصر ، ولا من قرية إلى قرية إذا كان ذلك ضرراً على الولد أو الوالد ، وإن لم يتضرر أحدهما بذلك فلها الانتقال إليه بعيداً عن محل إقامته إذ حق الحضانة يختص بها ، وليس مشتركاً بينها وبين الأب .

أما غير الأم من الحاضنات فلا تقدر بأي حال أن تقتل بالولد من محل حضنته إلا بإذن أبيه (١) .

مخالفة الحاضنة لمكان الحضانة .

إذا خالفت الحاضنة ، فانتقلت بالولد إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ، فهل يسقط حقها في الحضانة أو يبقى مع هذه المخالفة ؟ إن التمسك لأقوال الحنفية لا يجد نقلاً صحيحاً صريحاً في المسألة ، غاية ما قاله إن الحاضنة يلزمها أن تقيم في بلد الأب ، وأنه لا يجوز لها الانتقال إلى غيره ، وأن للأب منها من الانتقال بالصغير إلى مكان لا يجوز الانتقال إليه .

فإن هي انتقلت فعلاً ، فإن لم تكن الحاضنة زوجة لأبي الصغير ، ولا معتدة منه كان للأب أن يطلب إرجاع الولد إلى المكان الذي تجب الحضانة فيه ، فإن لم تمتد كان للأب الحق في أخذ الصغير واستلامه ، وإذا سلمه كان له أن يطلب إسقاط الأجرة عن الحضانة التي تستحقها ، أما إن عادت الحاضنة ومعهما الصغير فلا ينزع الولد منها .

فإن كانت الحاضنة زوجة لأبي الصغير أو معتدة منه ، فلا يهيئ أن يطلب رجوع الحاضنة إلى مكان الحضانة ، وليس له أن يطلب نزع الولد منها ، أو ضم الولد إليه ، لأن الأب يمكنه أن يعيد الولد إليه بإعادة أمه إلى مكان الزوجية ، فإذا طلب ضم الولد إليه من غير أن يطلب عودة أمه إلى مكان الزوجية ، كان قاصداً لتفويت حق الأم في حضانة ولدها ، وحق الأم ثابت

(١) راجع الأحكام الجسدية في الأحوال الشخصية ص ١٠٥ .

في الحضانة قبل الفرقة وبعدها ، لا يملك أحد إسقاطه

وقد جرى عمل القضاء المصري على هذا (١) .

وبعض القضاة يرى أن انتقال الحضانة بالصغير يسقط حضانتها ، مستندين إلى أن النص على منع الحضانة من الانتقال بالصغير ، يلزم منه سقوط حق الحضانة في الحضانة ، إذا انتقلت بالصغير بدون إذن (٢) .

والرأي الراجح هو أن يسقط حق الحضانة بانتقال الحضانة بالصغير إلى مكان لا يجوز لها الانتقال إليه ، وإن لم يذكر الفقهاء أن من شروط أهلية الحضانة

(١) راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة الثالثة ص ٦٥٧ فقد قررت محكمة كرموز الجزئية في ١٠/٤/١٩٣٧ . وأيدته محكمة الاستئناف بالاسكندرية في ٢٩/٥/١٩٣٧ المبدأ الآتي : إذا انتقلت أم الصغير يولدها ولو إلى مكان بعيد فليس للأب تزعم منها ما دامت الزوجية قائمة ، لأن له عليها سلطان الزوجية وإدخالها في طاعته بضمها إليه ، وكذلك الممتدة لوجوب اسكانها بسكن العدة .

(٢) حكمت محكمة الجالية الشرعية في ٨ / ٨ / ١٩٢١ بأنه إذا أقامت أم الصغير في بلد غير بلد الأب وبينهما تفاوت ، وليس بلدها ، ولا مفعودا عليها فيها ، فلا حق لها في حضانتها ، وجاء في حشيات هذا الحكم : « نص الفقهاء على أنه ليس لأب الصغير الانتقال من بلد الأب إلى بلد آخر بينها تفاوت ، إلا إذا كان وطنها وعقد عليها فيه . لا جائز أن يكون أمر مخالفة هذا الحكم المرفوع في الائم فحسب . لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون إجبار الأم بالقوة على العودة إلى بلد الأب ، لأنها إن لم تكن زوجة ولا ممتدة لأبي الصغير لا سلطان له عليها . وإذا لم يحز إجبارها على الحضانة إلا في أحوال خاصة فمدم إجبارها على مكان خاص للحضانة أولى ، فبقي أن يكون الأمر المترتب على الانتقال نزع الولد منها حتى تعود ، وهذا هو التعمين .

وقد أيدت محكمة الاستئناف ذلك ، وما جاء في حشيات حكمها : أن الأم لا يجوز لها أن تنتقل إلى بلد بعيد عن بلد الأب بصفة لا يمكنه الذهاب إليها والعودة قبل الغروب بالسير المعتاد إلا إذا كان موطنها وعقد عليها فيه ، ويعلم من هذا أنه لا حق لها في حضانة الصغير إذا انتقلت ، لأنه لا جائز أن يكون المراد إجبارها على الإقامة ، لأنها لا تجبر على الحضانة في مثل هذه الحادثة ، فضلا عن الإقامة بل يكون المراد أخذ الصغير منها ، ولا يجوز أخذ الصغير منها ولها حق الحضانة » .

إرسال الصغير في مكان الحضانة ، وعدم النقلة ، لأن النص على وجوب إقامة الحاضنة في مكان الحضانة ، وإعطاء أبي الصغير الحق في منع الحاضنة من الانتقال بالصغير ، نفهم منه أن عدم الانتقال بالصغير إلى غير مكان الحضانة شرط لاستحقاق الحضانة ، وأن من لها حق الحضانة إذا انتقلت بالصغير إلى بلد لا يجوز لها الانتقال إليه يترتب على ذلك إبطال حقها في الحضانة .

ولهذا كان لأبي الصغير الحق في طلب إرجاع الولد وحده إلى مكان الحضانة ، ولو كان حقها في الحضانة قائما مع هذا الانتقال لما كان للأب الحق في هذا الطلب ، لكن لو خالفت الحاضنة وانتقلت بالصغير لا تكون مخالفتها مسقطه لحقها في أحرة الحضانة ما دام الصغير في يدها ، لأن الأجرة تستحق في نظير القيام بتربية الصغير وتدريب شئونه ، فإذا قامت بالحضانة استحققت الأجرة نظير قيامها بهذا العمل ، وإن كانت لا تستحق الحضانة .

حق الأب في رؤية ابنه زمن الحضانة :

ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ابنه ، سواء كانت الحاضنة هي الأم أو غيرها ، لكنها لا تجبر على إرساله إليه في منزله ، أو مكان إقامته ، إنما تؤمر بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه .

وأيضاً ليس للأب إذا ضم الولد إليه ، أن يمنع أمه التي سقط حقها في حضانة الولد ، أو انتهت مدة حضنته عندها من رؤية ولدها ، لكن لا يجبر على أن يرسله إليها في مكان إقامتها للزواج ، بل يؤمر بأن يخرج الصغير إليها في مكان بحيث يمكنها رؤيته .

وجد المدة التي يجوز للأب أن يرى ولده ، أو الأم ترى ولدها فيها ، غير منصوص عليها صريحاً في كتب الفقه ، لكن يمكن معرفة ذلك قياساً على ما نص عليه الفقهاء أن للزوجة أن تخرج لرؤية زوجها في كل أسبوع مرة ، فكذلك تقاس رؤية الأب ، والأم ولدهما ، فتحدد الرؤية بمرة كل أسبوع ، لأن

المقيس عليه رؤية فرع لأصله ، والمقيس رؤية أصل لفرعه ، فالمحدث العلاقة .
ويستوي في الرؤية الأم وغيرها من أقارب الصغير كالحالة والأخت ،
لكنها يختلفان في المدة ، فلا يكون لغير الأم الحق في رؤيته كل أسبوع كالأم ،
بل تكون لمن رؤيته في كل شهر مرة على قول غير مشهور في المذهب (١) .
وعلى هذا يحرن القضاء .

المدة التي تنتهي بعدها الحضانة :

تبدأ الحضانة من حين يولد الطفل ، لا فرق في ذلك بين الغلام والأنثى .
أما انتهاءها بالنسبة للغلام ببلوغه حداً يستقل بخدمة نفسه بمحض الاستقلال ،
وذلك بأن يأكل وحده ، ويلبس وحده ، وينظف نفسه وحده ، وقدر
الحصاف من الحنفية ذلك بسبع سنين ، وقدره آخرون منهم بتسع سنين ،
وإنما كانت تنتهي حضانة الغلام بذلك ، لأنه متى بلغ هذا الحد يحتاج الى
النأديب ، وتحصيل العلوم والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم ، والآب أقدر
على ذلك من الأم وغيرها من النساء ، والمفتى به في مذهب الحنفية أن تنتهي
الحضانة بسبع سنين ، لا فرق في ذلك بين أن تكون الحضانة الأم أو غيرها .
أما بالنسبة للأنثى ، فحضانتها تنتهي ببلوغها سن المراهقة ، وقد
اختلف فقهاء الحنفية في تقدير السن الذي تنتهي عنده الحضانة ، فقدرها
بعضهم بإحدى عشرة سنة ، وقدرها بعضهم بتسع سنين ، سواء كانت
الحاضنة هي الأم أو الجدة أو غيرها ، فيما نقل عن محمد بن الحسن .

وفي ظاهر الرواية عند الحنفية يفرق بين حضانة الأم أو الجدة ، وحضانة
غيرهما ، فإن كانت الحضانة الأم أو الجدة بقيت البنت عندها حتى تبلغ مبلغ
النساء ، وإن كانت الحضانة غيرها بقيت عندها إلى سن المراهقة ، وهي
تسع سنين على المفتى به ، والراجع والمفتى به ما ذهب اليه الإمام محمد .

(١) ابن عابدين ٢٠ ص ٨٨٢ الفارسي الهدية ١ ص ١٢١ . الزبيري ٣ ص ٤٨

والسر في هذه التفرقة بين الغلام والبنت أن الغلام كما بينا أن الغلام بعد أن يستغني عن خدمة النساء يكون في حاجة إلى تربية وتأديب وتعليم ، وتلك مهمة الرجال . فلم القدرة على ذلك عن النساء ، أما البنت فهي بعد حد الاستغناء ، في حاجة إلى تدريب على مهام المرأة في بيتها ، من تدبير المنزل وتنظيمه وتعويد على محاسن آداب النساء ، فإذا هي بلغت أو كادت ، كانت في حاجة إلى صيانتها ورعايتها ، والمحافظة على سمعتها وكرامتها ، ولا شك أن الرجال على ذلك أقدر من النساء فتلتقل إلى أبيها وتضم إليه أو إلى وليها .

وقال الشافعية : ليس للحضانة مدة معلومة ، بل يبقى الطفل عند أمه ، حتى يميز ويمكنه أن يختار أحد أبويه ، فإذا وصل إلى هذه المرحلة يختار بين أمه وأبيه ، فإن اختار الولد الذكر أمه مكث عندها في الليل ، وعند أبيه في النهار كي يقوم بتعليمه ، وإذا اختارتها الأنثى لستمر عندها ليلاً ونهاراً ، وإن اختار الطفل الأب والأم معاً أقرع بينهما ، وإذا سكت ولم يختار أحداً منها كان للأم .

وقال المالكية : مدة حضانة الغلام من حين الولادة إلى أن يبلغ ، والأنثى حتى تتزوج .

وقال الحنابلة : مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى ، وبعدها يختار الطفل بينها ، ويكون مع من يختار منها .

وقال الامامية الجعفرية : مدة الحضانة للأم على الصغير الذكر مدة الرضاع أي سلتان . وعلى الصغيرة البنت إلى سبع سنين . وبعد ذلك يكون الأب أحق بها ، إلى أن تتم الأنثى تسع سنين ، والذكر خمس عشرة سنة فيكون لها حق اختيار أحد الأبوين . قال الحلي في الأحكام الجعفرية ، ولا شك أن قول الامامية ذلك ملغى بعدم الضرر على الطفل بأخذه من الأم بعد السلتين أو السبع ، وعلى كل حال إن لم يطلبها الأب بعد المدة يجبر على أخذها إذا

أبت الأم بقاءها عندها ، أو كان في بقاءها عندها ضرر عليها (١)

هذا وقد كانت المحاكم تسير على أن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الغلام سبع سنين والأنثى تسع سنين . ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في مادته العشرين على أن :

« للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة ، إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك (٢) »

والسنة التي تحتسب بها المدة هي السنة القمرية ، لأن هذا هو الأصل الذي تقدر به السنين في الأحكام الشرعية ، ما لم ينص على خلاف ذلك .

فإن كان بالصغير أو الصغيرة عاهة من جنون أو عته أو مرض ، يترقب عليها عدم تمكنه من الاستغناء عن خدمة النساء بعد بلوغه السن المنية للحضانة .

(١) راجع الأحوال الشخصية للشيخ منبه ص ٩٥ ، ٩٦ . والأحكام الجعفرية للأحوال الشخصية ص ٩٨ ، ص ١٠١

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ما يلي : جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين . وبلوغ الصغيرة تسعاً . وهي سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة ، فيكونان في خطر من ضمها إلى غير النساء . خصوصاً إذا كان والداه متزوجاً بغير أمها . ولذلك كثرت شكاوى النساء من انتزاع أولادهن منهن في ذلك الوقت .

ولما كان المولود عليه في مذعب الحنفية ، أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء . والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهرة . وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير . فقدرها بعضهم بسبع سنين . وبمضهم قدرها بتسع . وقدر بعضهم بلوغ حد الشهرة بتسع سنين . وبمضهم قدره بإحدى عشرة . وأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بين سبع . والصغيرة بعد تسع . فإن رأى مصلحتها في بقاءها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير . وإحدى عشرة في الصغيرة . وإن رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بضمها إلى غير النساء . »

فلا ينزع من حاضنته بل يبقى عندها ، حتى يستغنى عن خدمة النساء على الصحيح من المذهب .

ويرى بعض المتأخرين من الحنفية أن الولد إذا بلغ السن المحدود لانتهاه حضانة النساء حكم بانتهاه الحضانة ، سواء كان يستطيع الاستغناء عن خدمة النساء أو لا يستطيع ذلك لعنة أو جنون أو غيرها (١) .

وإنما كان هذا ، لأن المقصود من الحضانة أو الضم إلى الولي ، هو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان الولد في حالة لا يستغنى فيها عن خدمة النساء ، كان من مصلحته أن يبقى عند حاضنته إلى أن يصل إلى درجة يستطيع الاستغناء عنها .

ولما كانت الرواية الظاهرة في المذهب لم تحدد سناً معينة ، لانتهاه الحضانة ، وإنما المدار في انتهائها على استغناء الولد عن خدمة النساء ، فإذا كان الولد لا يستغنى عن خدمة النساء فلا يحكم بانتهاه الحضانة .

وإذا حكم بانتهاه الحضانة ، ثم تبين أن الولد في حاجة إلى خدمة النساء حكم بإعادته إلى حاضنته ، لأن الواجب الرجوع إلى المناط في ثبوت هذا الحق وهو وهو الحاجة إلى خدمة النساء ، فإذا بلغ الطفل السن المحددة لانتهاه الحضانة ، ولم يصل إلى درجة من الإدراك يستطيع معها الاستغناء عن خدمة النساء يبقى هذا الحق ، لبقاء المناط وهو الحاجة إلى خدمة النساء ، فإذا زالت هذه الحاجة زال هذا الحق .

(١) مجلة المعاماة الشرعية السنة الرابعة ص ٦٩ - وظل الرأي الأول محل القضاء فقد حكمت محكمة طنطا الجزئية في ١٩٣٢/٥/٥ وأيد استئنافياً بأن الصغير إذا تجاوز سن الحضانة معتمراً بقي عند حاضنته ، فإذا كان قد سلم لوليّه أعيد إليها وكذلك حكمت محكمة النقض الابتدائية في ١٩٣٠/٣/٢٥ بأن المتوفى يبقى عند الأم وإن تجاوز سن الحضانة . وذلك لأن الغية نوع من المرض . والمتوفى لا يستغنى عن الحاضنة بل يكون احتياجه إليها أشد . فالقول ببقائه مع الأم وإن تجاوز السن أقوى مدركاً ، وأقرب موافقة لحكمة الحضانة المبنية على النظر للصغير فهو أولى بالأبواب .

ضم الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة :

عندما تنتهي مدة حضانة النساء ، تبدأ مرحلة أخرى هي ضم الولد إلى الولي على النفس ، ويثبت الحق في هذا لمصلحة الولد من الرجال ، يقدم الأقوى عصوبة على غيره على حسب الترتيب السابق في حضانة الرجال .

وهذا الأمر حق للولد غلاماً كان أو بنتاً ، ولهذا يحبر الماصب عليه بعد انتهاء مدة حضانتها ، وما سبق من الشروط في حضانة الماصب من الرجال يشترط كذلك فيمن له ضم الصغير ، فمن لا يثبت له حق الحضانة ، كان المم بالنظر إلى بلىته لا يكون كذلك له حق ضمها ، لأنه غير محرم لها .

وتبدأ مرحلة الضم من حين انتهاء حضانة النساء ، وتنتهي ببلوغ الولد عاقلاً مستقياً عن النساء ، ولا خيار للولد عند الحنفية غلاماً كان أو أنثى فينزع من الأم ، ويأخذه الأب لأن الصغير قاصر العقل ، فربما يختار من عنده يتمكن من اللعب ، وقد صح أن الصحابة لم يحيروا .

لماذا انتهت مدة الحضانة ، ولم يكن للمحضون ، الغلام أو البنت ، أحد من المصلحة الذين لهم حق الضم وأهليته ، ولم يكن هناك وصي يمكن أن يسلم إليه الغلام ، لأنه يبقى عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو الأصلح له ، وكذلك الأنثى إذا كانت الماصب غير محرم لها ، للقاضي أن يبقها لدى الحاضنة حتى يختار لها شخصاً أميناً ليضمها عنده .

وفي مرحلة الضم يبقى الغلام عند أبيه أو جده ، أو عند من له حق الضم بعدها إن لم يكن موجودين أو لم يكنوا أهلاً لذلك ، فيقوم برعايته وتربيته وتعليمه ، ويجوز له أن يدفع الغلام لمن يملكه صناعة يتكسب منها وينفق عليه من كسبه . أما الأنثى فإنها تبقى عند صاحب حق الضم ، لكنه ليس له أن يدفعها للتكسب من صناعة أو خدمة بحيث تخلط فيها بالرجال لأن ذلك يخل بواجب حفظها وصيانتها ، ولأن المستأجر يملكها وذلك سيء في

الشرع ، ويصح أن يسلمها إلى أمينة تعلمها ما يلزم المرأة من شئون المنزل ،
وتدبير أموره ، وتعلمها حرفة كتطريز وخباطة

فإذا بلغ الغلام مبلغ الرجال ، ببلوغه خمسة عشرة سنة ، أو بظهور علامة
من علامات البلوغ الطبيعية ، وكان عاقلاً مأموناً على نفسه ، لم يكن لأبيه
ولا لغيره ممن له حق الضم سبيل عليه ، بل يكون مخيراً في الإقامة مع أبيه
أو مع أمه ، والإقامة بعيداً عنها - فإن لم يكن مأموناً على نفسه فإنه يبقى
في حالة الضم كما كان جبراً عليه .

أما البنت إذا بلغت مبلغ النساء ، فإن كانت بكرًا ، فإنها تستمر في
مرحلة الضم ، ولو كانت مأمونة على نفسها ، ما دامت شابة يخشى عليها من
الفتنة بالرجال .

فإن كبرت سنّها وعهد فيها أحسن الرأي والعفة قلّيس لأبيها وغيره أن
يجبرها على البقاء عنده ، فإن تزوجت صار حق إمساکها لزوجها ، وتنتهي
مرحلة الضم بالنسبة إليها .

هذا ولم يحدد الحنفية سن الكبر . والذي يبدو من كلامهم ومن تعريف
المسن لغة أن المرأة تكون مسنة إذا صارت عجوزاً لا يرغب فيها الرجال .

فإن كانت الأنثى ثيباً فإنها لا تجبر على البقاء عند أبيها أو غيره من
الأولياء إلا إذا كانت غير مأمونة على نفسها (١) - والجد كالأب فيما ذكر من

(١) القضاء الجزئي ص ٢٥٥ .

وقد قضت محاكم الأحوال الشخصية بذلك . فمن ذلك قضاء محكمة مصر الابتدائية في
١٩٣٢/٦/٢٣ أن الأب إذا لم يذكر سبباً لحشية الفتنة على ابنته البالغة الثيب واعترف باستقامتها
وكان طلب ضمها قد جاء بعد فرض نفقائها لايجب إلى ذلك .

وكذلك قضت محكمة الخليفة في ١٠/٢/١٩٤٥ بأن البكر متى بلغت مبلغ النساء وكانت
حديثة السن فللأب ولكل عصبه أمين حق ضمها إليه ، وإن كان لا يخاف عليها الفساد ، وهذا
الحق ثابت للولي ما دامت لم تتزوج ، فإذا تزوجت فقد بطل هذا الحق وإن لم يدخل بها زوجها .
إذ أن بقاء هذا الحق للأولياء مع تزوجها يبطل حق الزوج في طاعة الزوجة كما يجب انقضاء أثر الزوجية .

أحكام البكر والثيب والفلأم - وإن لم يكن للأنتى أب ولا جد ولكن كان لها عم أو أخ فله ضمها إليه إن لم يكن مفسداً . فإن كان مفسداً لا يمكن من ذلك . وكذلك الحكم مع كل عصة ذي رحم محرم منها .

فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من المصبات أو كان لها عصة مفسد فيالنظر فيها إلى الحاكم فإن كانت مأمونة مكنها من الانفراد بالسكنى ، وإلا وضمها عند امرأة أمينة قادرة على الحفظ بكراً كانت أو ثيباً (١) .

وإذا بلغ الصغير أو الصغيرة معتوها ، وانتهت سن حضائته ، يكون الحق للأب أو غيره من المصبات المحارم في ضمها إليه ، باعتبارها ولياً على نفسه ، أما إذا بلغ عاقلاً ثم أصيب بالجنون ، فإن الولاية لا تعود لوليه الماصب قياساً ، بل تعود إلى القاضي وفي الاستحسان تعود إلى الولي الماصب ، كما تعود الولاية على ماله (٢) إلى من كانت له ، وعند الجعفرية إذا بلغ الولد معتوهاً أو مجنوناً تستمر ولاية أبيه عليه في النفس وفي المال ، وإذا بلغ عاقلاً ثم جن عادت إليه ولاية أبيه في قول ، والأصح أن الولاية عليه تكون للحاكم .

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٨٨٢ .

(٢) على أن في المذهب الحنفي قولاً ببقاء من بلغ معتوهاً بين حضائته وهذا ما رآه في أحكام القضاء المصري لأسباب جدية بالتقدير . ففي حكم محكمة طنطا الكلية بتاريخ ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ ما يقرر هذه القاعدة . « الصغير إذا تجاوز سن الحضالة معتوهاً بقي عند حضائته . فإذا كان قد سلم لوليه فعلاً أعيده إليها » (المحاماة الشرعية السنة الرابعة ص ٦٩) .

الحق الرابع

نفقة الأقارب

النفقة لغة ما يذله الانسان من الدراهم فيما يحتاجه هو أو غيره وفي الاصطلاح : هي الادرار على شخص أو شيء بما فيه بقاؤه (١).

والأقارب لغة جمع قريب وفي عشيرة الانسان الأدنون وفي الاصطلاح فحسب الخنيفة هم ذوو الرحم المحرم من غير الأصول والفروع . أما عند غير الخنيفة كل من يتصل بالانسان برابطة النسب سواء أكان أصلاً أم فرعاً أم غير ذلك .

أسباب وجوب النفقات :

للفنقة أسباب ثلاثة : الزوجية الصحيحة — والمقرابة ، والملك ، وقد تقدم الكلام عن حقيقة الزوجية .

أما المقرابة : فعجب بمقتضاها النفقة للفروع على الأصول ، وللأصول على الفروع ، ولغير هؤلاء وأولئك من ذوى الرحم المحرم أو الوارثين بصفة عامة بسبب فقرهم وعاجتهم على خلاف بين الفقهاء فيمن يجب له نفقة من هؤلاء ومن لا يجب له .

لأما الملك فعجب بمقتضاه النفقة للزريق والبهائم .

أما الزريق فلعل سبب النفقة لهم هو الحبس بالملك ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس » (٢) .

١ — المصباح للنير ٢ ص ١٢٥ — رد المحتار على الدر المختار ١ ص ٥٧٢ .

٢ — الحديث رواه البخاري ومسلم راجع نيل الاوطار ٢ ص ٤

أما البهائم فإن سبب وجوب النفقة لهم هو الحبس أيضا ، قال عليه السلام : « عذبت امرأة في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار لا هي أطعمتها وسقتها إذ حبستها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض » فالسبب الذي أوجب العذاب هو الحبس .

موازنة بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب

من يتأمل نفقة الزوجة ونفقة الأقارب يجد أنهما يتفقان في بعض الأحكام ويختلفان في البعض الآخر .

لما تتفقان فيه على اختلاف في المذاهب :

- ١ — أن الحنفية (١) يرون أن نفقة الأقارب والزوجية وإن كانت واجبة لا تعتبر دينا صحيحا تثبت في ذمة من يجب عليه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضى أى من وقت اتفاق من يجب له مع من يجب عليه على مقدارها لكن إذا وقع التراضي أو حكم القاضى فإنها تصبح دينا ثابتا في الذمة — لكن الشافعية يهرقون في هذا بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب فقالوا إن نفقة الزوجة تصبح دينا في ذمة الزوج من وقت استحقاق الزوجة لها إذا ما دخلت في طاعته حقيقة أو حكما ولا يسقط وجوبها في الذمة إلا بالأداء أو الإبراء . ويرى الحنفية (٢) كذلك أن كلا من نفقة الزوجية ونفقة الأقارب عندما تكون دينا صحيحا يثبت في الذمة من وقت قضاء القاضى بها . أو حصول التراضي عليها فإنها لا تعد دينا قويا ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فحسب بل تكون دينا ضعيفا يسقط بذلك وبأسباب أخرى غيرها . فتجد أن نفقة

١ — روي المختار ٣٠٤ من ٩٩٤ .

٢ — البحر الرائق ٢ من ٢٩٤ .

الزوجة المقضى بها أو المتراضى عليها تسقط بنشوزها أو بسبب موتها أو موت الزوج . وثفقة الأقارب تسقط بسبب الموت وبمضى المدة فيها عدا ثفقة الصغير .

ويخالف الحنفية الشافعية والمالكية^(١) فيما يتعلق بثفقة الزوجة المحكوم بها أو المتراضى عليها حيث يرون أنها تعتبر ديناً قوياً .

٣ - يذهب الشافعية والحنابلة^(٢) إلى أن كلا من ثفقة الزوجة والأقارب تتقدر على حسب الكفاية لأن الأصل فيها أن تكون تمويناً حتى لا يجوز طلب اعتياض عنها بالنقود إلا بتراضى الطرفين عليها .

أما الحنفية^(٣) فإنهم يفرقون بين ثفقة الزوجة والأقارب فقالوا إن ثفقة الزوجة تكون بحسب حال الزوج من اليسار أو الإعسار أو بحسب حال الزوجين معا على خلاف داخلى فى المذهب . أما ثفقة الأقارب فلكونها صلة محضة فإنها تتقدر بحسب الحاجة ، لا تزيد عن ذلك بصرف النظر عن حال من تجب عليه من قلة اليسار أو كثرته ، بخلاف ثفقة الصغار الواجبة على أبيهم فإنه يراعى فى تقديرها حال الأب إلى جانب حال الصغار .

وتختلف ثفقة الزوجة مع ثفقة الأقارب فيما يلى :

١ - من حيث الوجوب ثفقة الزوجة واجبة على الزوج حتى ولو كانت الزوجة موسرة ، أما الأقارب فلا تجب النفقة لهم إلا عند الحاجة .

١ - نفقة المحتاج ٨ ص ٣ . والحرشى ٢ ص ١٩٠ .

٢ - المغنى لابن قدامة ١ ص ٢٢١ .

٣ - البحر الرائق ١ ص ١٩٤ .

٢ - المعسر ينفق على زوجته وأولاده الصغار فقط : الزوجة لاحتباسها من أجهلها ، والصغار لمعجزهم عن العمل .

٣ - الفقير إذا كان قادرا على التكسب عليه أن يعمل وينفق على زوجته وفروعهم وأصوله بخلاف غير هؤلاء من الأقارب فلا يلزمه نفقتهم .

٤ - في حالة اختلاف الدين لا نفقة إلا للزوجة والأصول والفروع أما بقية الأقارب فلا نفقة لهم ، إلا أن الحنابلة في هذه الحالة لا يوجبون النفقة للأصول والفروع كبقية الأقارب (١) .

مكونات النفقة :

يتفق الفقهاء على أن نفقة القريب على قريبه - مهما اختلفوا - في تحديد القرب الذي يجب له النفقة - إنما تكون لسد حاجته أي أن أسس نفقة الأقارب إنما هو مراعاة الكفاية بسد الحاجة .

وحاجة الإنسان لا تقتصر على عنصر واحد بل هي متعددة وتنوع ، وحياته لا تستقيم إلا بتوفر عدد من العناصر له : الغذاء والكساء ويتبعه الفرش والغطاء والسكنى .

تلك أمور يحتاج إليها كل فرد ، وهناك عناصر أخرى يحتاج إليها بعض الأفراد دون البعض الآخر كأجرة الرضاع لا تلزم إلا للصغار في فترة الرضاع ، وأجرة الحضنة لا تلزم إلا الأولاد في سن الحضنة ، والمصروفات المدرسية لا تلزم إلا للطلاب في المدارس الخاصة ، وأجرة الطبيب ، وثمن الدواء فانه

(١) يذكر القاضى من الحنابلة روايتين : أحدهما يجب النفقة للأصول والبهود مع اختلاف

الدين ، الثانية لا يجب وهي الرواية الراجعة إلى المذهب للمنفى ح ٩ ص ٢٥٨ .

لا يلزم إلا للمريض ، وأجرة الخادم لا تلزم إلا لمن لا يمكنه خدمة نفسه بنفسه .

وبناء على ذلك تكون مكونات النفقة الأساسية منحصرة في أمور ثلاثة طعام وكساء وسكنى لأنها مما لا يستغنى عنها ، وهناك نفقات مختلف في وجوبها .

وهما : ١ - الخدمة لمن يجب له النفقة .

٢ - اعفان من يجب له النفقة .

أما الخدمة :

فذهب الحنفية (١) إلى أنه يجب نفقة خادم للقريب المحتاج سواء في ذلك نفقة الولاد أو غير نفقة الولاد ، بشرط أن يكون من يجب له النفقة محتاجا إليه ، والحاجة تشمل من لا يتعود على قضاء حاجته بنفسه كأبناء العائلات الكبيرة أو موظف ذي مكانة عالية ، وكون القريب في حاجة إلى الخدمة محله أن يكون مريضا أو شيخا أو ما شابه ذلك .

والمذهب المالكي يرى أن الخدمة من تمام النفقة ، ولذلك أوجب فقهاء هذا المذهب على الولد المؤسر أن يخدم أبويه المعسرين بخادم تمليكاً أو اخداًما — كذلك يلزم الولد نفقة خادم زوجة أبيه إذا كانت أهلاً للاخداًم ولو بأكثر من خادم — أما خدمة الولد فهناك قولان في المذهب في إخدام الولد من قبل الأب (٢) أرجحها أن الأب لا يلزم خادم الابن .

(١) بدائع الصنائع = ٤ ص ٣٨ .

(٢) الفرح الكبير للدردير = ٢ ص ٤٦٥ ، ٤٨٣ 'قرب المسالك' = ١ ص ٤٨٨

والمذهب الشافعى اكتفى بالإشارة إلى أن نفقة الخادم واجبة عند الحاجة دون تفصيل (١) — أما المذهب الحنبلى (٢) فإذا احتاج القريب إلى الخدمة وجب اخدامه ، ويكون من تمام كفاية نفقة المحتاج .

والرأى الراجح أن نفقة الخادم تجب لمسيحق النفقة على من عليه الاتفاق إذا احتاج إليها ، لأنها تكون من جملة الكفاية التى هي مناط نفقة الأقارب .

وبالعض قيد ذلك يكون المنفق عليه مريضاً أو شيخاً أو ما أشبه ذلك والعض الآخر أوجب نفقة الخادم ، وإن لم يكن المنفق عليه محتاجاً إليها .

المسألة الثانية : الاعفاف

المذهب الحنفى الراجح عندم وهو المنسوب الى أبى حنيفة عدم لزوم تزويج الأب إلا إذا كان الأب مريضاً ذا زمانة يحتاج معها إلى الخدمة لزم أباه اخدامه ، أما إذا كان للأب الفقير زوجة فعلاً وهو عاجز عن الاتفاق عليها ، فالمذهب عدم وجوب نفقتها إلا إذا كان بالأب علة .

وفى رواية عن أبى يوسف وجوب النفقة مطلقاً مع العلة أو بدونها وإذا تعددت الزوجات للأب فعلى الابن نفقة واحدة منهن فقط يدفعها الى الأب ، والأب يوزعها عليهن .

ومذهب المالكية يجب على الولد أن يعف أباه بزوجة واحدة أو بأكثر حتى يحصل الاعفاف ، ويلزم بالاتفاق على من يحصل بهن العفاف ، أما إذا كان عند الأب أكثر من واحدة وكلن من بينهما أم الولد تعينت الأم وحدها

(١) لهابة المحتاج ٦٥ ص ٢٦٦ .

(٢) المنق لا من قد اجمع ص ٢٧٢ .

للا اتفاق إن كانت تعف ، الأب وإلا تعينت الزوجة التي تقوم بالاغفاف ،
ووجبت عليه نفقة الأم بالقرابة (١) .

والشافعية (٢) يجعلون الاغفاف حقا للأصول فقط تلزم به القروع فهم
يوجبون على القروع نفقة زوجة الأصل ان احتاج الى الزواج .

وينفرد الحنابلة عن بقية المذاهب الاسلامية فيتوسعون في إعفاف القريب
إذ يجعلونه حقا لكل قريب تجب له النفقة بشرط أن يكون محتاجا الى الاغفاف
سواء كان هذا القريب من فروع كالابن وابن الابن وان نزل أو من أصوله
كالأب والجد وإن علا أو من غير الأصول والقروع كالأخ والعم ، وزادوا
على ذلك فجعلوا الإغفاف حقا للنساء يلزم به من تجب عليه نفقتهن إذا طلب
النسوة ذلك وتقدم لهن الرجال الأكفاء ، فقالوا في الأم إن إعفافها واجب
كالأب إذا طلبت هذا الاغفاف وخطبها كفؤها (٣) .

وإذا وجب على المنفق إعفافه وجب عليه أن ينفق على الزوجة التي حصل
بها الاغفاف لأنه بغير ذلك لا تستقر الزوجية فلا يستمر الاغفاف .

والذي يرجح هو مذهب الحنابلة لأنه أكثر مرونة واتساعا في هذا
المجال لأن الإنسان يستتضر بعدم الزواج إذا تاقه وهو يشبه الطعام وغيره من
مفردات النفقة متى تحصل بها الكفاية ، والتفرقة بين قريب وقريب في وجوب
الاغفاف أمر لا مبرر له .

(١) بلدة هالك لأقرب المسالك ١٠ ص ١٨٨ الحارثي ٢٠ ص ٢٤٢ .

(٢) نهاية المحتاج ٦٠ ص ٢٦٤ .

(٣) المني لان قدامه ٩٠ ص ١٦٢ .

من تجب له نفقة الأقارب

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للأولاد الصغار الذين لا مال لهم على أيهم — وعلى وجوبها للأب المعسر على أولاده الموسرين وذلك لورود ما يفيد وجوبها في القرآن الكريم ، ولكن اختلفوا في مدى هذه القرابة الموجبة للاتفاق على الوجه الآتي :

مذهب المالكية

ذهب مالك الى أن النفقة تجب على الولد الموسر لأبيه المباشر ، ولأمة التي ولدته خاصة، إذا كان الأبوان معسرين .

كما تجب على للأولاد الصليبين على الأب وحده ، فتجب للابن حتى يبلغ ، وللبنات حتى تنزوج .

أما الأم فلا تجبر على نفقة أى من أبنائها .

وكل هؤلاء تجب النفقة لهم وعليهم مع اختلاف الدين واتفاقه .

ولا يجبر الولد على الإتفاق على جده وجدته لأبيه أو لأمة ، وإن علوا — ولا يجبر الرجل على نفقة ابن ابنه أو بنت ابنة وإن سفلا ، وكذا بقية الأقارب ، فلا نفقة لأخ ولا أخت ولا عم ولا أمة ، ولا خال ولا خالة ، ولا أحد من الأقارب إلية سوى ما ذكر — إذ النفقة عند الإمام مالك مقصورة على عمود النسب على الوالدين المباشرين والأولاد الصليبين (١) .

مذهب الشافعية :

أن النفقة تجب للأصول وهم الوالدان والأجداد والجندات وإن علوا — كما

تجب للفروع وهم الأولاد ، وأولاد الأولاد ، وإن نزلوا - فهو يوجب النفقة في عمود النسب من غير تقييد بدرجة لا فرق بين أن يكونوا وارثين أو محجوبين أو محرومين - أما غير هؤلاء من بقية الأقارب فلا تجب لهم النفقة (١) .

مذهب الحنفية: أن النفقة تجب للأصول على فروعهم وإن بعدوا كما تجب للفروع على أصولهم وإن نزلوا ، وفضلاً عن هؤلاء تجب لغيرهم من قرابة ذوى الرحم المحرم فقط ، فإن لم يكن محرماً فلا نفقة لغيره عليه ولو كان وارثاً كابن العم - فالنفقة عندهم تجب في قرابة (٢) الولاد وغير الولاد المحرمة للنكاح ، ولا تجب في القرابة غير المحرمة . فمناط النفقة في غير الأصول والفروع القرابة المحرمة أو القرب والجزئية دون الإراث .

مذهب الحنابلة :

تجب النفقة للأصول على الفروع وإن علوا ، وللفروع على الأصول وإن نزلوا سواء أكانوا وارثين ، موافقين في الدين أم مخالفين على إحدى الروايتين عن الإمام أحمد .

كما تجب لكل قريب معسر من غير الأصول والفروع على قريبة الموصر إذا كانت ملتها واحدة ، وكانا يتوارثان بفرض أو تعصيب - أما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب كالحالة والعمه فلا نفقة لهم .

واختار شيخ الإمام ابن تيمية رواية أخرجها أبو الخطاب من الحنابلة : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبية وذوى القروض ، لأنهم وارثون في تلك

(١) نهاية المحتاج ٧ ص ٢١٨ ، المذهب ٢ ص ١٦٦ .

(٢) القرابة عند أبي حنيفة قرابة ولادة وقرابة غير ولادة والثانية نوطان: محرمة للنكاح كالأخوة والسومة والحنفولة - وغير محرمة للنكاح كبنى الأعمام .

الحال . أما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا ذوى أرحام كالأب لأم وابن البنت أو من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين (١) .

ومذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم إلى أن نفقه الأقارب تجب للأصول وللفرع وللأخوة والأخوات وللزوجات فى المرتبة الأولى ، ويسوى بينهم فى إيجاب النفقة ولا يقدم منهم أحد على أحد ، ثم لذوى الرحم المحرم ، وللموروثين فى المرتبة الثانية إن كانوا محتاجين ولا عمل بأيديهم .

ويقرب من هذا الرأى ما ذهب إليه ابن القيم : فقد قال فى زاد المعاد : قالنفقه تستحق بشيئين ١ - بالميراث بكتاب الله . ٢ - بالرحم بسنة رسول الله ﷺ (٢) .

الأدلة :

١ - إستدل مالك بالكتاب والسنة : أما الكتاب فقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك » (البقرة ٢٣٣) وقوله تعالى « وبالوالدين إحسانا » (الاسراء / ٢٣) - فهذه النصوص دلت على وجوب نفقه الأقارب . إنما اقتصرت على الوالدين والمولود . وهو الولد الصغير غير البالغ . فيجب العمل بهذا النص على ظاهره بالنسبة للابن . وكذا البنت بعد بلوغها إذا كانت بكرًا .

(١) الذى ٩٠ ص ٢٦٠

(٢) زاد المعاد لابن القيم الجوزية ٤٠ ص ١٦٦ .

ومن السنة حديث عائشة رضى الله عنها أن هنداً امرأة إبي سفيان قالت :
يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى
إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذى ما يكتفيك وولدك بالمعروف »
- وقوله يَرْبِيهِ يقول لك ولدك إلى من تكلنى الحديث : « وما روى أن رجلاً
أتى النبي ﷺ فقال إن لى مالا وأن والدى يحتاج مالى فقال : أنت ومالك
لوالدك أن أولادكم من كسبكم كلوا من كسب أولادكم » . فقد أفادت هذه
الأحاديث وجوب النفقة للأولاد الصليين . ووجوبها للأب ، وتقاس الأم
على الأب فى ذلك .

وحيث لم يرد نص يدل على وجوبها لغير هؤلاء من الأقارب فيجب أن
نقف عند ذلك فلا توجبها لغيرهم مقياساً على وجوبها لهم بجامع القرابة فى كل،
وذلك لعدم استوائهم معهم فى قوة القرابة .

ولكن قد يناقش ذلك بأنه وردت أدلة صريحة توجب النفقة لغير هؤلاء
من الأقارب . بل أن القرآن قد ورد فيه ما يدل على وجوب النفقة للأقارب
بصفة عامة .

واستدل الشافعية لمذهبهم بما استدل به المالكية غير أنهم يزيدون بأن
ولد الوالد فى حكم الولد ، وأن الجد وإن علا فى حكم الأب ، كما أن الجدة وإن
علت فى حكم الأم ، لأنهم يأخذون أحكامهم فى الميراث والعنق ورد الشهادة ،
ومنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فتجب النفقة لهم لأن
قرباتهم كقرابة الأب الأدنى .

قالوا والدليل على أن ابن الابن وإن سفل ، والجدة وإن علا يدخل في مطلق الولد والوالد قوله تعالى «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» فان لفظ الأولاد هنا عام فدخل فيه ولد البنين .

وأيضا قوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » يدخل في لفظ الأبوين الأجداد ، كما أن الجدة والجدة سبب في وجود الفرع وهو بعض لهما . فيجب عليه الاتفاق عليهما كالأبوين المباشرين (١) .

واستدل الحنفية لمذهبهم على وجوب النفقة للأصول والفروع بالآيات والأحاديث التي استدلت بها المالكية والشافعية — وهي تفيد في مجموعها وجوب النفقة للأباء والأجداد وإن علوا على أولادهم باعتبار كونهم أصلا في وجود الإنسان — كما تفيد وجوبها للأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا على أيهم باعتبار كونهم جزءا منه (٢) .

واستدلوا على وجوبها للحواشي بقوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » فان المراد بالوارث وارث الولد ويؤيده أن (آل) في الوارث كالعوض . عن الضمير المضاف إليه ، ورجوع الضمير إلى أقرب مذكور هو الأكثر في الاستعمال (٣) .

أما قصر الوجوب على ذوى الرحم المحرم فدليلة قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك « فهذه القراءة وإن كانت شاذة غير متواترة لا تثبت بها القرآنية إلا أنه لا يمكن أن يقرأها إلا سماعا من الرسول

(١) تعنه المحتاج = ١ من ٢٤٤

(٢) بدائع الصنائع = ٤ من ٣٠ .

(٣) الهداية وفتح القدير = ٣ من ٣٠ .

صلى الله عليه وسلم وبذلك [تعتبر في حكم السنة] ولما كانت قد اشتهرت عنه فانها تكون بمثابة الحديث المشهور ، وهو يصلح لتخصيص عموم الكتاب فتكون هذه القراءة بياناً للقراءة المتواترة .

واستدل الحنابلة على وجوب النفقة للأصول والفروع بما سبق من الآيات والأحاديث وبالإجماع الذي حكاه ابن المنذر ، وبالمعقول وهو أن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله فكذلك ينفق على بعضه وأصله .

ويجب الاتفاق على الأجداد والجذات لدخولهم في معنى الآباء ، وكذا أولاد الأولاد لدخولهم في اسم الأولاد .

والراجح أنه قد وردت آيات توجب صلة الرحم وتذم إقطاعها وتأمر بإيتاء ذوى القربى حقهم . فإن النفقة تجب لجميع الآباء والأمهات مهما علوا ، ولجميع الأولاد وأولاد الأولاد مهما نزلوا ، ولكل قريب وارث ولو لم يكن محرماً وهو ما ذهب إليه ابن القيم .

سبب وجوب نفقة الأقارب

اختلف الفقهاء في سبب وجوب هذه النفقة

فقال الحنفية (١) : أن سبب وجوب نفقة الفروع والأصول يختلف عن سبب وجوب نفقة الحواشي : فسبب وجود نفقة الأصول والفروع الولادة التي بها تثبت الجزئية والبعضية بين الأصل والفرع أى الجزئية الحاصلة من كون الفروع مولودين للأصول أو بتعبير أوضح وجود الصلة العضوية بينها التي يحرم قطعها ويجب وصلها .

(١) بدائع الضائع ٤٠ ص ٣١ ، فتح القدير ٢ ص ٢٤٧

ومن أعظم وسائل الصلة الإتفاق وقت الفقر والحاجة وذلك لقوله تعالى .
« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

ولما كانت جزئيه الفرع للأصل ثابتة في جميع الأحوال سواء كانا
متحدين في الدين أو مختلفين فيه فإن نفقه الأصول والفروع تكون واجبة
حتى مع اختلاف الدين .

أما سبب وجوب نفقه الجواشي : فهو مجموع أمرين أحدهما : أهلية
الاستحقاق في الأرض . وثانيها القرابة المحرمه للقطع الواجب وصلها ،
والإتفاق عند الحاجة من أعظم الوصل فيكون واجبا ، ويكون تركه سببا
للقطعية المحرمة فيكون حراما . ولا شيء أوجب للقطعية من أن يترك المحرم
القادر قريبه المحتاج بدون نفقة تسد خلته فيحرم الترك في مثل هذه الحالة
وتجب النفقة .

وإنما قال الحنفية إن السبب هو أهلية الاستحقاق في الأرض لا حقيقته
لأن حقيقة الأرض لا يمكن أن تكون مرادة قطعاً إذ هي بموت المورث وبعد
الموت لا تجب النفقة .

أما تقييد أهلية الأرض بكون من تثبت له محرماً فلقرابة ابن مسعود
وتقدم بيان ذلك - ولما سبب نفقة الأقارب هو أهلية الأرض مع القرابة
المحرمة لا تجب هذه النفقة مع اختلاف الدين لانعدام أهلية الأرض معه . فلا
يجب على الأخ غير المسلم النفقة على أخيه المسلم المحتاج إلى النفقة ، كما لا تجب
النفقة لابن العم على ابن عمه وأن كان أهلاً للأرض منه لعدم القرابة المحرمة ،
ولو كان أخاله من الرضاع .

ومذهب المالكية والشافعية^(١) أن سبب وجوب نفقة الأقارب هو الجزئية - وقالوا إن نفقة الأصول والفروع مبنية على الجزئية والبعضية ، ولهذا لم يشترطوا اتحاد الدين بين الفروع والأصول فأوجبوا النفقة بين المسلم وابنه وإليه الكافر .

واختلف الرأى عند الحنابلة^(٢) فى سبب وجوب نفقة الفروع والأصول فقد رأى بعضهم أن سببها هو الجزئية ولذا تجب مع اختلاف الدين .

والرأى السائد عندهم أن سببها هو الجزئية مع أهلية الاستحقاق للأرث ، وعليه لا تجب للمحروم من الارث وإن كانت تجب للمحجوب .

أما سبب وجوب نفقة الحواشي فهو الارث فلا تجب لمن لا يرث .

والرأى الراجح أن سبب وجوب النفقة القرابة المحرمية وأهلية الاستحقاق فى الارث وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة فى غير الفروع والأصول . أما فيها فالسبب هو الجزئية .

(١) مقنن المحتاج - ٣ ص ٤٤٧ - المدونة - ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) المقنن - ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

شروط نفقة الأقارب

اشترط الفقهاء شروطا في وجوب النفقة للأقارب يتفقون في بعضها ويختلفون في البعض الآخر .

الشرط الاول - حاجة من تجب له النفقة

وهذا الشرط معلوم بالضرورة : لأن نفقة الغنى في ماله ولا حاجة به الى غيره ، ولأن وجوب النفقة معلول باحتياج المتفق عليه .

وأياضا يجب توافر هذا الشرط في جميع حالات نفقة الأقارب سواء أكان أساسها قرابة الولاد أو غير الولاد . وهو شرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة .

وتتحقق الحاجة بفقر المتفق عليه — وقد اختلفوا في تعريف الفقير الذي تجب له النفقة . فعرفه الحنزية (١) بأنه الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة . ومعلوم أن الصدقة تحل لكل شخص لا يملك نصابا زائدا عن حوائجه الأصلية — وقال بعضهم الفقير القريب الذي تجب له النفقة هو المحتاج ، والمحتاج هو الذي ليس عنده ما يكفي لتغطية حاجاته الأصلية كلها أو بعضها من الطعام والكسوة والسكنى — أما المذاهب الأخرى ففسروا الفقير بأنه المحتاج .

أما إذا كان لطالب النفقة مقدار من المال يمكن أن يغطي نفقاته من أنواع لا تعد من جنس مبررات النفقة ، أو كان لديه قدر زائد عن حاجته من بعض الأموال مع حاجة الى البعض الآخر كمن يملك حيوانا أو عقارا يزيد عن

سكنائه فقد قيل إنه لا يستحق نفقة في مال الغير لأنه ليس محتاجاً ، والاحتياج شرط الاستحقاق - وقيل إنه يستحق مع ذلك نفقة في مال غيره ممن تجب عليهم نفقته ، لأن بيع المنزل مثلاً لا يقع إلا نادراً ، ولا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك .

والراجح هو تفسير الفقير بالمحتاج ، وهو القول الأول لأن من عنده عقاراً يزيد عن سكنائه أو أثنائاً يمكن الاستغناء عن بعضه لا يقال له أنه محتاج بل يقال له بع ما تسد به حاجتك أو لا ثم بعد ذلك أطلب النفقة من مال غيرك إذا جدت بك حاجة إليها .

الشرط الثاني : عجز طالب النفقة عن الكسب :

فيشترط في طالب النفقة أن يكون عاجزاً عن الكسب علاوة عن كونه فقيراً محتاجاً - إذ لو كان قوياً قادراً على الكسب فانه لا يستحق النفقة لأنه بقدرة على الكسب يكون مستغنياً وتكون نفقته على نفسه إذ يمكنه أن يتكسب ما يفي بحاجته .

والعجز عن الكسب يكون بعدم القدرة على القيام بعمل من الأعمال التي تكفل له تحصيل رزقه وتعطى نفقته بما في ذلك أدائها ، وهو القدرة على استخدام القوة البدنية على الوجه الذي يتحمل به صاحبة استخدام في الأعمال التي لا تتطلب مهارة أو خبرة كحمل الحقائب والأمتعة أو جلب الأخطاب أو استخدام الناس في الحقول .

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في هذا الشرط على الوجه الآتي : -

فالذهب الحنفي فيه قولان أحدهما وجوب نفقة الأصل الأب والجد وإن علا سواء أكان من جهة الأب أم من جهة الأم على الابن ماداموا فقراء .

ولو كانوا قادرين على الكسب ، لأن نرض نفقة الأب على الابن لا يلزم فيها أن يكون الأب زمنا بل يكفي في ذلك مجرد فقره ، ولو كان قادرا على العمل . وذلك نظرا لحرمة وتوصية الشرع باكرامه .

وثانيهما : أن الأب القادر على الكسب لا يجب له النفقة على ولده لأنه يعتبر غنيا بكسبه ، ولا تكون به حاجة إلى إئفاق غيره لأن غناه بكسبه يكون بغناه بماله . ولكن استثنى بعض الأحناف من شرط العجز عن الكسب من كان من ذوى البيوتات ممن يلحقهم العار بالعمل والتكسب ، أو لا يجدون من يستأجرهم ، والمفروض أنه لا مال لهم فأوجبوا النفقة حينئذ .

وبعض المتأخرين منهم أيد الرأي الأول ورد على هذا المذهب : بأن ذلك لم يكن عارا في زمن الصحابة بل يعدونه فخرا ، بخلاف من بعدهم ألا ترى أن الخليفة بل من دونه في زمننا لو فعل ذلك يسقط من أعين رعيته فضلا عن أعدائه (١) .

ومذهب المالكية : أن الفقر وحده لا يكفي لاستحقاق الأولاد النفقة بل لابد مع ذلك من العجز عن الكسب بصفة لا تزدري بهم ، فإذا كان الولد قادرا على الكسب بوسيلة لا معرفة فيها فغناه في كسبه ، وإن كان له مال ولكنه ضاع قبل البلوغ ولم يقدر على العمل أو قدر ولكن كسدت تجارتهم فنفقته على أبيه . أما الوالدان فيشترط فقرهما . وفي اشتراط عجزهما عن الكسب خلاف .

ومذهب الشافعية أن المطالب بالنفقة يجب أن يكون معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ أو للكبر أو الجذون أو الزمانة أو لكونه لا يحسنه أو لكونه لا يليق به أو نحو ذلك استحق النفقة على قريبه لأنه محتاج لعدم المال

ولعدم الكسب — وإن كان قادرا على الكسب للصحة والقوة لكن لم يكسب فإن كان من الوالدين فقيه قولان : أحدهما أنه يستحق لأنه محتاج ، فاستحق النفقة على ولده ، ولا يكلف كسبا لعظم حرمة الأصل — وثانيهما لا يستحق لأن القوة كاليأس ، ولهذا سوى الرسول عليه السلام بينهما في تحريم الزكاة فقال : لا تحل الصدقة لغنى ولا لذي مرة قوی — ومحل القولين إذا لم يشتغل بمال الولد ومصلحه وإلا وجبت نفقته جزما .

وإن كان من المولودين فمن أصحاب المذهب من قال فيها قولان كالوالدين ، ومنهم من قال بالترقية بين الأصول والفروع وهو الأظهر (١) .

أما المذهب الحنبلي فيشترط في المنفق عليه أن يكون فقيرا لا مال له ولا كسب يستغنى به عن اتفاق غيره عليه ، فإن كان موسرا أو له كسب يكفيه فلا نفقة له ، وإن لم يكف وجب إكمالها له . ونجس نفقة من لا حرفة له ولو كان صحيحا مكلفا ، ولو من غير الوالدين — فإن كانت له حرفة لم تجب نفقته وإن تكف لم أكمل — وفي رواية إن لم تكن له حرفة بنى غير الوالدين وكان قادرا على الكسب أجبر عليه ولم تجب نفقته حينئذ .

كما لا يشترط في القريب الفقير لاستحقاق النفقة كونه زمرنا أو ناقص الأحكام كصغير أو مجنون على الأرجح بل يكفي لثبوت حقه كونه فقيرا فقط ولو كان قادرا على الكسب — وقيل يشترط العجز عن الكسب في غير الوالدين والأصح عدم اشتراط ذلك في أحد (٢) .

وذهب ابن حزم إلى أن من قدر على معاشه وتكسب وإن كان خسيفا

(١) منى المحتاج - ٢ ص ٤٤٧ ونهاية المحتاج - ٧ ص ٢٢٠

(٢) إبطال - ٥ ص ٦٤٤

لم تجب نفقته ، لأن نفقته في كسبه إلا الأصول من أباء وأمهات وأجداد وجدات فان الولد يكلف أن يصونهم عن خسيس الكسب إن قدر (١) .

والرأى المختار : ١ — تجب نفقة الأصول ما لم يستغنوا بمال أو يقدرُوا على كسب لائق غير خسيس ، ولا يقال أنهم لا يكلفون الكسب أصلاً لأن القدرة على الكسب اللائق الشريف ليست أقل شأنًا من وجود المال .. ولا يقال إنهم يكلفون خسيس الكسب لأن في ذلك عقوقاً وهو من الكبائر .

٢ — تجب نفقة غير الأصول ما لم يستغنوا بمال أو يقدرُوا على كسب حلال يليق بهم عرفاً سواء أكان شريفاً أم خسيساً ، فان الخسيس قد يليق ببعض الناس عرفاً فلا ينبغي أن يحكم بالنفقة لمن تؤثر فيه البطالة على العمل كسلاً وأتقاً أو كبراً ما دام للكسب لائقاً به عرفاً ، لأن الله عز وجل لم يوجب ذلك ، ومن عجز منهم عن الاتفاق على نفسه وجبت نفقته وإن لم يكن به زمانة .

انواع العجز

العجز عن الكسب أما أن يكون عجزاً حقيقياً أو عجزاً حكياً .
فالعجز الحقيقي يكون بالصغر أو بسبب المرض أو العادات الجسمانية أو العقلية .

أما العجز الحكمي فيكون بسبب الأنوثة ، أو الاشتغال بطلب العلم .
أما العجز عن الكسب بسبب الصغر أو العاهة وهو العجز الحقيقي فقد قدمنا طرفاً من أحكامه ، وعلمنا أن الفقهاء جميعاً يرون أن الصغار تجب نفقتهم على أصولهم أو محارمهم ماداموا فقراء ، لأن الصغير عاجز عن التكسب

حيث لا تحتل بنيته العمل ، فليس اللأب ولا لغيره من باب أولى أن يجبره على العمل والتكسب ، ولا تكلف الأم ولا الحاضنة عند المطالبة بنفقة الصغير إثبات عجزه ، إذ الصغير وحده كاف في ثبوته ، ويستوى في ذلك الذكر والأنثى ، وليس المراد بالصغير غير البالغ بل المراد به في باب النفقة من لم يبلغ حد الكسب . ولم يبين النقهاء السن الذي يعتبر الصغير عندها قد بلغ حد الكسب (١) .

وعلى ذلك إذا وصل الصغير حد الكسب ، ولم يكن طالب علم نالاًب أن يؤجره أو يحمله على تعلم حرفة وينفق عليه من كسبه . ولا يجبر على فرض نفقة له هذا إذا كان ذكراً إلا أن تكون به علة جسمانية أو عقلية تمنعه من الكسب كأن يكون مريضاً بمرض مزمن يمنعه من الحركة كالشلل أو يكون أعمى أو أصم أو أبكم ولم يتعلم حرفة يتكسب منها أو يكون أبله لا يحسن عملاً على الإطلاق — ولا تعتبر أية عاهة من العاهات في ذاتها دليلاً على العجز عن التكسب . لأن الأعمى مثلاً في عصرنا الحاضر يمكنه ان يتعلم كثيراً من الحرف بحيث يتكسب منها ، كما انه قد يسلك سبيل العلم ويحصل على أرقى الشهادات ، ويتقلد أرفع المناصب ، إذ المقصود أن يثبت أنه لم يتعلم حرفة ، ولم يحصل على شهادة يعيش منها .

أما الأنوثة فقد اختلف النقهاء على الوجه الآتى :

فذهب الحنفية إلى أن الأنوثة عجز بذاتها حتى ولو كانت الأنثى صحيحة البدن والعقل ، وعلى ذلك فنفقة الأنثى إذا كانت فقيرة غير متزوجة على أبيها حتى تنزوج ، فإن طلقت أو مات زوجها عادت إليها نفقتها اذ لا منق عليها

غير الأب — ولا يملك الأب مؤاجرتها في عمل يترتب عليه محذور شرعى ، لكن إن تعلمت حرفة تناسبها كالخياطة والغزل والحياكة والتعليم فلا بأس بذلك وتكون حينئذ تفقتها في كسبها ، لأن تفقة الأقارب كما هو ملحوظ في تعليل الفقهاء شرعت للحاجة ، وهذه المرأة غير محتاجة فلا تفقة لها (١) .

والانثى كالكبير الزمن لذا ورد فيها الخلاف من تشريك الأم مع الأب مع الاتفاق عليها ، وأما إذا نشزت المتزوجة فهل تعود تفقتها على أبيها فيه تردد (٢) .

وفي تشريك الأم في الاتفاق على البنت البالغة رأي للخصاف أن على الأب الثلثين وعلى الأم الثلث . لكن في ظاهر الرواية البنت البالغة بمنزلة الصغير تكون تفقتها على الأب .

ومذهب المالكية : أن تفقة البنت تستمر على أبيها حتى تزوج ويدخل بها زوجها ، ولو لم يكن زوجها حين الدخول بها بالغا — أو إلى أن يدعى زوجها إلى الدخول بها بعد مضي مدة كافية ، وكانت حين الدخول مطيقة للوطء وكان الزوج بالغا فتستمر على هذا إما إلى الدخول الفعلي وفي حكمه الخلوة مهم . كان حال الزوج ، أو إلى الدعوة إلى الدخول مع بلوغ الزوج وطاقتها (٣) .

وزهد الشافعية إلى أن تفقة الانثى مطلقة واجبه على قريبها حتى ينعقد عليها عقد الزواج — أما مجرد القدرة على النكاح فلا يعتبر حتى تسقط به

١ — المبسوط ٥٥٠ ص ٢٢٢ .

٢ — حاشية رد المحتار ٢ ص ٦١٤ .

٣ — أقرب المالكة ١٠ ص ٤٨٩ .

نفقتها كالقدرة على الكسب من غيرها من الرجال لأن الارتباط بعقد النكاح لأجل النفقة لا نهاية له بخلاف الكسب المحدود المدة فلا بد من العقد عليها حتى تسقط نفقتها (١).

أما المذهب الحنفي فالنفقة تجب للأقضى مطلقا إذا كانت فقيرة والمنفق موسرا (٢).

السبب الثاني : طلب العلم :

المقصود بطلب العلم . يرى بعض الفقهاء أن المقصود بالعلم هنا علم الشريعة خاصة ويرى البعض الآخر أنه يشمل علم الشريعة وتوابعها كتعلم اللغة العربية والأدب العربي وغير ذلك من العلوم التي تساعد على فهم الشريعة الإسلامية .

ولكن أرى ألا يقتصر على علم الشريعة ، وتوابعها بل كل علم تافع فيشمل علوم الدين والدنيا معا النافعة للأمة الإسلامية ، وقد فسر كثير من الفقهاء العلم في « طلب العلم الذي هو فريضة على كل مسلم ومسلمة بأنه يعم كل العلوم المفيدة — وهذه مذاهب الفقهاء في النفقة على طلب العلم .

المذهب الحنفي يرى أن طالب العلم إذا كان رشيدا ، وكان مشغولا بالعلوم الشرعية الضرورية والنافعة وكان فقيرا . وقد أقعده التفرغ للعلم عن الكسب وجبت نفقته على أبيه ، واستمرت في الوجوب لأنه لأخرج في التمييز بين المصلح والمتسد لظهور مسالك الاستقامة .

وأفتى بعض الحنكية بعدم وجوب نفقة طالب العلم في الأزمنة الأخيرة للأساد

١ — نهاية المحتاج - ٧ ص ٢١٩ .

٢ — المنى - ٩ ص ٢٥٦ .

أحوال أكثرهم في هذا الزمان، وصعوبة التمييز بينهم وبين غيرهم من المجدين - ونهج بعضهم التوسط في الأمر فقال اذا كان طالب العلم مشغولاً بعلوم نافعة ، ولم يكن من المفسدين ولا من الذين يأكلون بالدين ، ولم يجعل طلب العلم سبباً لاستدراار النفقة وجبت والافلا .

قال صاحب القنية « لكن بعد الفتنة العامة يعنى فتنة التتار التى ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين نرى المشتغلين بالفقه والأدب الذين هم قواعده الدين واصول كلام العرب يمنعهم الاشتغال بالكسب عن التحصيل ، ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تمنع الوجوب كالأولاد والاقارب (١) .

أما المذهب الشافعى فيرى أن الفرع الكبير الفقير القادر على الكسب اذا شغل نفسه بطلب العلم تفرض له نفقة الأقارب (٢) .

والمذهب المالكي الظاهر فيه أن لا نفقة للولد الذكر بعد بلوغه قادراً على الكسب سواء كان طالب علم أو لم يكن - والظاهر أنهم يرون القدرة على الكسب تحصل بالقدرة البدنية مع العقل (٣) .

والمذهب الحنبلى الظاهر عندهم أن طالب العلم يدخل ضمن من يجب لهم النفقة بناء على الرواية الراحجة في المذهب (٤) .

والحق أن التفرغ بطلب العلم أمر ضرورى في مراحل التعليم حتى الدراسة

١ - رد المحتار مع الرد المختار - ٣ من ٦١٤ .

٢ - حاشية الباجورى - ٢ من ١٩٢ .

٣ - بلغة السلك - ١ من ٤٨٩ مع حاشية الصاوى عليه .

٤ - الفنى - ٩ من ٢٦١ .

الجامعية ، وهذا يقضى بوجود النفقة لطالب العلم غير أنه من الأوفق مراعاة الضوابط التي وضعها الأحناف لوجوب النفقة لطالب العلم الكبير وهي أن يكون العلم الذي يشتغل به مشروعاً أي مما أجاز الشارع الاشتغال به ، ويحتاج إليه المجتمع الإسلامي سواء كان واجبا كالنفقة والتفسير والحديث أو مباحاً في ذاته واجبا على الكفاية كالتطب والهندسة وغيرها من العلوم الكونية - وأن يكون المشتغل به رشيداً في دراسته غير متمتع فيها بطريقة تكشف عن عدم صلاحيته لها .

الشرط الثالث : يسار المنفق « بكسر الفاء »

فيشترط فيمن يجب عليه النفقة أن يكون موسراً أي ذا مال يزيد عن حوائجه الأصلية لأنه لو كان معسراً لكان عاجزاً عن النفقة وهي لا تجب على العاجز - وهذا الشرط متفق عليه في نفقة القريب على تفصيل على الوجه الآتي :

مذهب الحنفية (١) : أن شرط اليسار الفعل وجود المال لا مجرد القدرة على الكسب في ذوى الرحم المحرم اتفاقاً - فقالوا يشترط في اتفاق ذى الرحم من غير الأصول والنروع يسار المنفق فلا نفقة على غير موسر وإن كان قادراً على الكسب ، لأن وجوبها من طريق الصلة ، والصلوات تجب على الأغنياء لا الفقراء - وقالوا إن الأئمة تلزم بالاتفاق على أقاربها إذا تحقق فيها شرط اليسار ، وأنها في ذلك كالرجال سواء بسواء .

أما في حق اتفاق الأب على ولده فلا يشترط فيه اليسار على التعيين بل يكفي قدرته على الكسب بما فيه فضل ، لأن الاتفاق عليهم لإحيائهم ، وإحيائهم إحياء لنفسه لقيام الجزئية والعصية ، وإحياء نفسه واجب .

وإما إتيان الابن على أبيه : فإن كان الأب قادراً على الكسب اشترط يسار الابن ، وإن كان الأب عاجزاً عن الكسب لم يشترط يسار الابن بل يكفي أن يكون قادراً على الكسب ، فإن كان لكسب - فضل أجبر على الاتفاق لأنه قادر على إحيائه من غير خلل يرجع إليه - وأن لم يكن له فضل فإن كان الابن وحده أمر بالاتفاق ديانة ، ولم يجبر قضاء لأنه يؤدي إلى ضعف الابن وعجزه عن الكسب وفيه هلاكهما جميعاً - فإن كان له عيال أجبر على ضم الأب إليهم لأن إدخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خلافاً بيننا وقد علم سابقاً أن الأثرثة عجز حكماً ، ومنه يؤخذ أن اتفاق البنت على أبيها شرطه يسارها فلا يكفي قدرتها على الكسب .

واتفاق الابن على أمه وإن قدرت على الكسب لا يشترط فيه يساره بل متى كان قادراً على الكسب - وجب عليه الاتفاق عليها (١) .

والمالكية يشترطون اليسار فيمن تجب عليه النفقة ، فالولد يشترط أن يكون موسراً فعلاً بما يفيض عن حاجته ، وإلا لم تلزمه نفقة أبويه .

وكذا الوالد لا بد أن يكون فاضلاً عنه وعن زوجته ولو أربعا بخلاف الخادم والداية فإن نفقة القريب تقدم عليهما ما لم يحتاج إليهما - وقالوا لا تجب على الأب أو الابن أن يكسب بصنعة أو غيرها لينفق على ولده أو أخته المعسر ولو كان له صنعة .

والشافعية على أنه يشترط في المنفق سواء كان أصلاً أو فرعاً أن يكون موسراً بفاضل عن مؤنته ومؤنة عياله في يومه وليلته . وانفراد بالعيال زوجته وخادمها وأم ولده ، فإن لم يفضل شيء فلا وجوب لخبر مسلم « ابدأ بنفسك

فتصدق عليها ، فان فضل شيء فلاهلك ، فان فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك .

وإذا لم يكن له مال لكن يمكنه أن يكتسب ما يفضل عن ذلك لزمه الاكتساب لقريبه إن كان حلالاً لا ثقاً به قياساً على نفقة نفسه لخبر كفى بالمرء إثمًا أن يضيع من يعول « رواء النسائي - ولأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال في تحريم الزكاة وغيره (١) .

والمذهب الحنبلي : يشترط في المنفق أن يكون له ما ينفق منه على أصله أو فرعه أو مورثه فاضلاً عن نفقة نفسه وزوجته ونفقة يومه وليلته إما من ماله وإما من كسبه ، فَمَا من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء (٢) .

وذهب ابن حزم إلى أنه يشترط في المنفق أن يفضل منه بعد مؤنته شيء قل أو كثر فيجبر حينئذ على الإلتفاق على أصوله وفروعه وإخوته وأخواته وزوجاته - كل هؤلاء يتساوون فيما يفضلون فضل عن فضل عنهم شيء أجبر على النفقة على ذوى رحمه المحرمه ومورثيه .

واختلف هل يقدم الولد على الزوجة ففيلهما سواء فلا يقدم الولد على الزوجة ولا الزوجة على الولد بل هما سواء .

والذى يظهر بالتأمل فى المذاهب السابقة هو وجوب الإلتفاق على من أيسر بفاضل مؤنته ومؤنة زوجته وزوجاته سواء كان يساره بالمسال أم بالقدرة على الكسب الحلال اللائق به كالزوجة ومن يحتاج إليه من خادم أو بهيمة -

١ - منى المحتاج - ٢ ص ٤٤٧ والمهذب - ٢ ص ١٦٦

٢ - المنى - ٩ ص ٢٥٨ كشف القناع - ٣ ص ٣١٤ .

ولا يعتبر اليسار بما فضل عن نفقة يرم وليلة إذ من الجائز أن يملك الإنسان مائة ريال في أول الشهر أجرة عن عمله في الشهر الماضي ولا يظفر بعدها إلا بمائة أخرى أو الشهر الذي يليه - فلو أوجبتا عليه في أول الشهر الأول أن يتفق ما فضل عن مؤنة زوجته يومه وليلته لأتفق ذلك وصار في بقية الشهر فقيراً ، وهذا اجحاف فيه . (١)

والظاهر أن يعتبر بما فضل عن نفقته بحيث لو أخذ منه لم يصّر فقيراً ، وهذا يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من يعتبر يساره بما فضل عن نفقة يوم ومنهم غير ذلك .

حد اليسار :

يختلف التقهاء في مقدار الغنى الذي إذا تحقق في شخص وجبت عليه نفقة الأقارب .

فذهب الحنفية في تحديد اليسار إلى أربعة آراء - الأول : الموسر هو من يملك نصاب الزكاة ، قيل وبه يقتضى - الثاني : أنه من يملك نصاب حرمان الصدقة ، وهو نصاب الزكاة ، ولو لم يكن نامياً زائداً عن حاجته الضرورة قالوا وعليه الفتوى - الثالث : أنه من يملك ما يفضل عن قوت يومه إن كان من أهل الجرف الذين يكسبون كل يوم ، ورجحه كثيرون وقالوا هو المعتمد الرابع : هو من يملك ما يزيد على نفقة شهر إن كان من أهل الغلات أى الدخل الثابت . (٢)

والذى رجحه ابن عابدين فى حاشيته القول بأن الموسر من يملك نصاب

(١) المحلى لابن حزم - ١١ - ص ٢٤٩

(٢) رد المحتار على الدر المختار - ٣ - ص ٦٢١

حرمان الصدقة أو يسار الفطرة ، ولكن هذا ليس هو أشهر الأقوال . لكن أشهرها أن اليسار بما زاد عن نفقة المكتسب أو مطلقاً في كل يوم .

وذهب المالكية إلى أن أى مقدار من المال مباح كان نوعه يزيد عن قوته الشخص وقوت زوجته تفرض فيه نفقة الأقارب . وهذه النفقة تقدم على نفقة الدابة والخادم إن لم يكن محتاجاً إليها ، فإذا كان محتاجاً إليها فتقدم نفقتها على الأقارب . بمعنى أن القريب المطالب بالنفقة إن كان له خادم أو دابة وكان دخله لا يفضل منه شيء لنفقة الأقارب بعد الاتفاق على نفسه وزوجه (١) وخادمة ودابة ينظر فإن كان غير محتاج للدابة والخادم فيؤمر بالتصرف فيها — أما إن كان محتاجاً إليها فيبقى عليها ولا تفرض عليه نفقة أقارب .

والمذهب الشافعى يرى أن نفقة القريب تجب في كل ما زاد عن قوت يوم وليلة له ولأولاده الصغار — وأن أى شيء بعد قوت اليوم والليلة مباح كانت حاجته إليه يباع في نفقة الأقارب حتى الدابة والخادم وإن كان محتاجاً إليهما بل حتى السكن الذى يأوى إليه — حتى لقد وضع فقهاء المذهب الشافعى معياراً للمال الذى يباع فيه نفقة الأقارب : وهو كل ما يباع في الدين (٢) .

والمذهب الحنبلى يوجب النفقة في أى مقدار من المال يزيد عن نفقة الشخص المطالب بالنفقة سواء كان ذلك الفائض من ماله أو من كسبه (٣) .
والذى نراه أنه إذا كان لدى الشخص الذى يراد فرض النفقة عليه لقريبه المحتاج ما يزيد عن نفقة شهر له ولعائلته فانه يكون قادراً على الاتفاق

١ - حاشية المدعى - ٢ ص ٢٤٢ .

١ - نهاية المحتاج - ٧ ص ٢١٨ نفقة المحتاج - ٨٠ ص ٢٤٦ .

٢ - نلقنى - ٩ ص ٢٥٨ .

بصفة منتظمة وبخاصة في أيماننا هذه التي أصبح معظم الناس يتكسبون عن طريق ما يدفع لهم من رواتب شهرية ، فلو ثبت أن راتب الشخص يزيد عن كفايته هو وعياله فانه لاشك يعد قادراً على الإلتحاق على غيره في حدود ذلك القدر الزائد .

أما الذين يتكسبون عن طريق الأعمال الحرة أو عن طريق ربيع ما يملكون من عقار فانه يمكن تقدير الكسب الشهري بما يأخذه أمثالهم .

الشرط الرابع : اتحاد الدين والمنفق عليه

اختلفت كلمة الفقهاء على الوجه الآتي

المذهب الحنفي : لا يشترط هذا الشرط في نفقة الإصول والفروع لوجود الصلة القوية بينها ، وهي الجزئية ، وهي لا تختلف باختلاف الدين فتجب على الولد المسلم نفقة الوالدين الكافرين لقوله تعالى : «وصاحبها في الدنيا معروفا» وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركها يموتان جوعاً أو يسألان الناس .

أما نفقة ذوى الأرحام المحارم غير الأصول والفروع فيشترط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، فتعتبر جماعة المسلمين ملة واحدة تجرى بينهم النفقة - ويعتبر أهل الذمة بجميع طوائفهم واختلاف دياناتهم ملة واحدة تجرى النفقة بينهم ، فلا نفقة بين المسلم وقرية النصراني لكن تجب النفقة من المسيحي على قرية اليهودي ما دام في دار الاسلام يقيمون إقامة دائمة . ذلك لأن نفقة الأقارب مبنية على الإرث والصلة ، ولا توارث ولا تواصل بين المسلم والكافر .

أما عند اختلاف الكافر إما أن يكون ذمياً أو حريباً ، ولا خلاف في وجوب نفقة الأب الذمي لوجود السبب وهو الولادة ، ولجواز التواصل بينهما .

أما الأبواب الحريان في الاتفاق عليها خلاف أرجحة عدم الاتفاق ومنشأ الخلاف ، ورود آيتين في كتاب الله إحداهما تأمر بمصاحبة الوالدين في الدنيا بالمعروف إذا كانا كافرين هي قوله تعالى « وصاحبها في الدنيا معروفا » والثانية تنهى عن البر بأهل الحرب هي قوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم » - والتوفيق بين الآيتين هو حمل آية المصاحبة بالمعروف على الذميين والأخرى على الحريين ، وذلك دفعاً للتعارض بينهما - أما من أوجب تفقتها مطلقاً فنظر إلى السبب الموجب وهو الولادة وهي هنا موجودة ، وحمل آية النهى عن الإحسان إلى الحريين على غير الوالدين ، لأن العلة هناك التوارث ولا توارث لاختلاف الدارين . (١)

والمذهب المالكي على أن اتحاد الدين ليس شرطاً بين المتفق والمنفق عليه في ثقة الأصول والفروع لأنها مبنية على الجزئية والبعضية فتجب النفقة على الأب المسلم لابنه الكافر ، وعكسه ، ويجبر على ذلك . (٢)

المذهب الشافعي كذلك لا يشترط اتحاد الدين فتجب للمسلم وعليه نفقة قريبة الكافر بشرط أن يكون محقون الدم أى لا يكون مرتدأ ولا حريباً لأنها مهدران الدم . (٣)

وفرق الحنابلة في هذا الشرط بين ثقة الأصول والفروع . وبين نفقة المورث من غير الأصول والفروع فقالوا في نفقة الفروع والأصول ثلاث روايات : أحدها : يشترط مطلقاً وهي المشهورة - ثانيها : لا يشترط مطلقاً ثالثها يشترط إلا في إلحاق القافة . (٤)

٢ - العرق الكبير - ٢ من ٤٦٤

١ - فتح المديبر - ٣ من ٣٤٧

٤ - كشف القناع - ٣ من ٣٠٦

٣ - نهاية المحتاج - ٣ من ٤٤٧

وجه القول بالاشتراط مطلقا : أن هذه النفقة وجبت لمواساة ولا
مواساة مع اختلاف الدين ووجبت للارث ، ولا إرث مع اختلاف الدين .

ويرد عليه : أن مواساة الوالدين مع اختلاف الدين واجبة لقوله تعالى
« وصاحبهما في الدنيا معروفا » ويلحق بهما الأولاد بجامع البعضية والإرث لم
يعتبر في تفقه الأصول والفروع بدليل أن الحنابلة أنفسهم - على القول الراجح
عندهم - لا يشترطون الإرث في تفقه الأصول والفروع .

أما وجه القول بعدم الاشتراط مطلقا : فقد تقدم .

وأما تفقه الموروث من غير الأصول والفروع : فاشترطوا فيها اتحاد
الدين لأن موجب الاتفاق على الأقرباء الإرث الثابت بالقربة ولا توارث
بين أهل ملتين شتى (١) .

الشرط الخامس : عصمة النفق عليه

وهذا الشرط ذكره بعض الشافعية : فغير المعصوم إما أن يكون قادراً
على عصمة نفسه بالتوبة كالمرتد والحربي وتارك الصلاة بعد أمر الإمام ، فلا
تجب نفقته لأنها مواساة ، وهم ليسوا من أهلها لعدم حرمتهم — وإما أن
يكون عاجزاً عن عصمة نفسه كالزاني المحصن ، فهذا لا قدرة له على عصمة
نفسه لأن التوبة في الزنا لا تدرأ الحد . ومثل هذا أهل للمواساة لأنه يسن له
الستر على نفسه ، ويسن للشهود أيضاً الستر عليه (٢) .

وفي بعض كتب الحنفية : أن الحربي لا تجب نفقته على المسلم وإن كان

مستأمننا لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ، ولعدم أهلية الميراث ومثله المرتد بإقرار أو بيعة (١) .

الشرط السادس : حرية التنفق والمنفق عليه

هذا الشرط متفق عليه ، ووجهه أن الرقيق لا يملك فهو أسوأ حالا من المعسر فلا تجب عليه نفقة الأقارب ، وثقته واجبة على سيده فليس له على قريبه نفقة لكن من بعضه حر وبعضه رقيق فيه خلاف عند الشافعية والحنابلة فذهب الشافعية في البعض يجب له على قريبه نفقة بقدر ما فيه من الحرية إن كان محتاجا ، لأن سيده لا يتفق عليه إلا بقدر ما فيه من الرق ، ويجب عليه إن كان موسرا أن يتفق على قريبه المحتاج نفقة كاملة لتأم ملكه فهو كالحر الكامل — وقيل لا يتفق إلا بحسب حرته لأنه لا يملك إلا بعضه الحر (٢) .

ومذهب الحنابلة تجب له نفقة بعضه الحر على أصله وفرعه ووارثه بقدر ما يرثه منه ، وتجب عليه نفقة أصله وفرعه وموروثه بقدر ما يرثه منه مع مراعاة أن البعض عندهم يرث ويورث .

١ — فتح القدير ٢ ص ٢٤٨

٢ — نهاية المحتاج ٦ ص ٢٦٥

أحكام نفقة الأقارب

أولا : تقدير النفقة

قدمنا اتفاق المذاهب الفقهية على أن تقدير النفقة للأقارب بحسب الكفاية لأنها تجب لأجل الحاجة . فتعين التقدير بقدرها ، ولأنها صلة محضة ، وإذا كان الأرجح في نفقة الزوجة أنها بالكفاية — وهي معاوضه — فلائن تكون نفقة الأقارب كذلك من باب أولى .

وتقدر النفقة في المذهب الحنفي شهريا في الطعام وأجرة المسكن وأجرة الخادم والرضاعة والحضانة . — أما بدل الكسوة فيقدر كل ستة أشهر لأن الإنسان يلزمه كسوة للشتاء وكسوة للصيف ، وهذا هو المقرر في حق الزوجة . وذلك فيما عدا الصغار فإنه يحكم لهم بالكسوة عن كل أربعة أشهر . وكذلك المذهب المالكي والشافعي والحنبلي .

أما تقدير النفقة بالدرهم . فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز أن تعرض بالدرهم إلا باتفاق الطرفين ، بل يتعين دفع عين الواجب فيطعمهم مما يطعم ويكسومهم مما يلبس ذلك أن الدرهم ليست من الواجب ولا عوضه ، ولا يصح الاعتياض عما لم يملك . فان نفقة الأقارب والزوجات إنما تجب يوما فيوما ، ولو كانت مستقرة لم تصح المعاوضة عنها بغير رضى الزوج والقريب (١) .

وللحنفية في ذلك رأيان : الأول يجيز التقدير بالدرهم في جميع الحالات بعد مراعاة سعر البلد — والثاني : يخير التقاضي بين فرض الأصناف أو فرض قيمتها .

ثانياً - وقت وجوب نفقة الأقارب

قال الحنفية ان نفقة الأصول والفروع تكون واجبة ديانة من وقت ثبوت الحاجة ، فلو كان تحت يد مستحق النفقة مال مملوك لمن تجب عليه نفقتهم من الأصول والفروع وهو من جنس النفقة حل لهم أن يأخذوا منه ما يسد حاجتهم ، وهذا ثابت بقوله يُؤْتَى لِهَذَا امْرَأَةُ ابْنِ سَهْيَانَ «خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف» . هذا في حق الولد ، وثبت في حق الوالد بقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشكى أباه أنه يسرق منه : « إذهب أنت ومالك لأبيك » .

بل إن للآب أن يبيع مال ابنه الغائب المنقول دون العقار للاتفاق على نفسه على الصحيح من مذهب الحنفية خلافاً للصاحبين (١) .

ولكون نفقة الأصول واجبة ديانة من وقت ثبوت الحاجة جاز أن يقضى لهم بها على الغائب ، مع أن القضاء على الغائب لا يجوز شرعاً في المذهب الحنفى وذلك لأن القضاء هنا يكون من باب الإعانة على الوصول الى الحق الثابت قبله — وحق هؤلاء ثابت قبله ، لكنه لا يقضى بها عليه إلا إذا كان له مال عند من يقربه — دين أو ودیعة — وهو من جنس النفقة — أما إذا لم يكن من جنسها بأن كان بضاعة مثلاً لم يجوز بيعه لأن هذا يكون قضاء على الغائب ولا يجوز — كما يشترط أن يكون الغائب مقراً بالنسب أما إذا لم يكن النسب ثابتاً لا تقبل الدعوى بإثباته للحكم بالنفقة لأنه يكون قضاء على الغائب .

أما في نفقة الخواشي فلاجل أنه وقع الخلاف بين الفقهاء فيها ، كان

وجوبها امرا غير مقطوع به ، ولا يقع القطع به إلا بحكم القضاء ، لأن قضاء القاضى يرفع الخلاف ، فلهذا لا يجوز ان يأخذوا ما يحتاجونه اليه من مال قريبهم من غير رضاه ، ولا يجوز أن يقضى لهم بها على الغائب لأن قضاء القاضى هو الميثب لها ابتداء ، والقضاء على الغائب ابتداء لا يجوز .

هذا من ناحية الوجوب بحكم الديانة . أما من ناحية الوجوب بحكم القضاء وهو الذى ينشأ عنه الإلزام والإجبار ويحبس عند الامتناع عنه ، فلا يختلف فيه نفقة الولاد عن نفقة الحواشى ، وهذا الحكم هو ان النفقة لا تجب إلا من وقت التراضى عليها ، أو الحكم بها من القاضى ، فلا تجب عن مدة ماضية على الحكم ، أو ما يقوم مقامه من التراضى ، ذلك لأن هذه النفقة إنما تجب عند الحاجة ، وبمضى المدة تكون الحاجة قد اندفعت بأى وجه ، حتى ان الأم لو انفقت على أولادها الفقراء من غير أن يفرض القاضى نفقة لهم لا ترجع بذلك على الأب (١) .

ومذهب المالكية أن نفقة الأقارب تجب عندهم للولد والوالدين عند ثبوت حاجة من تجب له ، ويسار من تجب عليه منهم ولو لم يحكم بها حاكم إلا أنهم صرحوا بأنها من باب المواساة وسد الخلة ، ولذلك تسقط بمضى الزمن إلا إذا كان قد حكم بها حاكم ، أو كان هناك ما يقوم مقام حكم الحاكم وهو إنفاق الغير على المستحق وهو غير متبرع بذلك الاتفاق (٢) .

والشافعية (٣) قالوا إن نفقة الأقارب لا تصير ديناً إلا بفرض القاضى أو

١ — البحر الرائق - ٤ ص ٢٠٨

٢ — المحرر - ٤ ص ٣٠٤

٣ — نفقة المحتاج - ٧ ص ٣٤٤

بإذنه في الاقتراض على الغائب أو باستدانة الأم أو اتفاقها من مالها على الصغير الذي غاب أبوه حيث لا يكون هناك قاضي يطلب منه الحكم بالنفقة على ذلك الغائب أو تستأذنه في الاقتراض عليه ، ولا شك أن الواجب المالي الذي لا يصير ديناً في الذمة يجبر من وجب في حقه على الوفاء به عند امتناعه عن أدائه باختياره ، لا يمكن أن يكون واجبا قضاء ، فأتضح بذلك أن المرادهم بالوجوب إنما هو الوجوب الديني .

أما الوجوب قضاء فلا يثبت إلا بعد فرض القاضي أو إذنه في الاقتراض على من تجب عليه وإنما لم يصرحوا بالوجوب ديانة قبل حكم القاضي ، بالوجوب قضاء بعد حكم القاضي ، لأنه ليس في أصولهم التفرقة بين حكم الديانة وحكم القضاء . فذلك تفرقه اصطلاحية تدرج بها الأحناف .

هذا وتضريح الحنابلة بأن ثقة الأقارب إنما هي من باب المواساة سداً للحاجة يتلزم سقوطها بمضي الزمان حيث أن حاجة من تجب له تكون قد سدت على أي وجه ، وهذا يشير إلى أن مقتضى مذهبهم أن ثقة الأقارب لا تجب قضاءً إلا من وث الحكم بها حيث لا يكون بوسع القاضي الحكم بها عن المدة الماضية ، لسقوط الوجوب فيها دون تفرقة في هذا بين ثقة الأصول والفروع وبين ثقة الحواشي خلافاً للحنفية .

ترتيب من يجب عليهم النفقة عند التعدد

أولاً : اجتماع الأصول

إذا اجتمع عدد من أصول من يجب له النفقة، ففي بيان النفقة عليه وكيفية وجوبها مذاهب :

١ — ذهب الحنفية إلى أنه إذا اجتمع للمحتاج أصول متعددون يتوفر فيهم اليسار : فإذا كان منهم أب (أى أبو ذلك المحتاج) فالنفقة عليه وحده ولا يلتفت إلى الأصول الآخرين ، وذلك حتى لو كان الأب موسراً بقدرته على الكسب فقط ، وكانوا هم موسرين بملكيتهم لما يزيد عن حاجاتهم، لأن نفقة الأولاد يجب على الأب وحده لا يشارك فيها أحد ما دام قادراً على العمل والتكسب على ما حققناه في شرط العجز عن الكسب (١) .

وهذا الحكم يسرى كذلك على حالة ما إذا كان الأب لا يرث المحتاج لمخالفة له في الدين ، وكان الأصول الآخرون ممن يرثونه ، لأن مبنى نفقة الأولاد على أيهم هو جزئيتهم له وهي حاصلة حتى مع الاختلاف في الدين .

وهذا هو ظاهر الراوية وبه يفتى .

وعن أبي حنيفة ، أن نفقة الولد الكبير على الأب والأم أثلاثاً . أما الصغير فعلى أبيه خاصة بلا خلاف، لأن الأب مختص بالولاية على الصغير فإذا بلغ الصغير زالت هذه الولاية ، ومن ثم فلا وجه لإلزامه بالنفقة دون الأم فتجب عليها على قدر الميراث .

فإن كان الأب فقيراً عاجزاً عن الكسب لزمانة ونحوها ألحق بالموتى ،

وحق إيجاب النفقة عليه قولا واحدا ، وحينئذ تجب نفقته على أبيه الموسر وهو الجد ، وكذا أولاده المستحقين للنفقة ، فان لم يكن جد فتجب على غيره .

وإذا كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب لكن يتيسر له الكسب فقل يعتبر كالميت — وقيل لا تسقط النفقة عنه بل تجب عليه ، وإنما تؤمر الأم الموسرة والجد الموسر وغيرهما بالإلتحاق على الأولاد فتكون النفقة دينا على الأب يرجع عليه به إذا أيسر .

هذا إذا كان الأب موجودا — أما إذا لم يكن موجوداً أو كان موجوداً واعتبر في حكم الميت ، فأما أن يكون الأصول الآخريين جميعاً وارثين ، أو يكون بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث ، أو يكونوا جميعاً غير وارثين .

فاذا كانوا كلهم وارثين وجبت النفقة عليهم جميعاً ، وكان القدر الواجب منها على كل منهم على قدر حصته من الميراث ، ولا اعتبار في هذه الحالة لقرب الدرجة أو بعدها .

ففي أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثاً على الأم الثلث ، وعلى الجد الثلثان طبقاً لنصيب كل منهما في الميراث ، وهذا مع كون الأم أقرب درجة في الميراث فترجحت بالقرب ، والجد ترجح بكونه رجلاً والرجال أحق بالإلتحاق لأنهم قوامون على النساء ، فتعارض المرجحان فاعتبر جانب الارث .

ولو كان له أم أم ، وأبو أبي أب كانت النفقة عليهما أسداساً على الجدة السدس ، وعلى الجد الباقي خمسة أسداس — ولو اجتمع له جدة لأم وجدة لأب فالنفقة عليها بالتساوى ، ذلك لأن ميراثها بالتساوى .

أما إذا كان بعضهم يرث والبعض الآخر لا يرث فالترجيح بينهم يكون يقرب الدرجة بصرف النظر عن الارث أو عدمه ، فلو كان للفقير أم ، وأب لأم فالنفقة على الأم لأنها الأقرب .

ولو كان له أم أم الأب مع أبي الأم — فالنفقة على أبي الأم لأنه الأقرب مع أنه غير وارث ، ولا شيء على أم أم الأب مع أنها وارثة لأنها أبعد في درجة القرب — وكذا لو اجتمع له أبو أبي الأب مع أبو الأم فالنفقة تلزم أبي الأم لأنه أبعد مع أنه الذي يرث التركة ، وأبو الأم لا يرث شيئا .

وعند التساوى في الدرجة يكون الترجيح بالارث على الأصح ، فلو اجتمع لشخص محتاج أبو الأم وأبو الأب ، فالنفقة على أبي الأب لكونه وارثا ، ولا شيء على أبي الأم لأنه يتساوى في الدرجة مع أبي الأب وهو غير وارث فالترجيح في هذه الحالة يكون بالميراث .

أما إذا كان الأصول الذين يمكن إيجاب النفقة عليهم لا يرثون جميعا فالترجيح بينهم بقرب الدرجة — فلو كان له أبو أم ، وأم أبي أم ، وكان له أقرب آخرون من أصحاب الفروض ، أو من العصبة ممن لا يتحقق فيهم شرط وجوب النفقة ، فإن الأولين لا يرثان لكونهما من ذوى الارحام — ولما كان أبو الام اقرب درجة من ام ابى الام فانه تجب عليه النفقة وحده من دونها .

وعند التساوى في القرب تجب عليهم النفقة جميعا بالسوية — فلو كان له ابو ابى ام ، وام ابى ام وجبت النفقة عليه ، وعلى ام ابى الام مناصفة لتساويهما في الدرجة .

ومذهب المالكية ان النفقة لا تجب على احد من الاصول سوى الاب المباشر ، دون الام والجد والجدة حتى ولو كان الاب معسرا والام موسرة . ومذهب الشافعية انه إذا كان الاقارب مجتمعون كلهم أصولا وكانوا موسرين جميعاً ، إن كان فيهم أب فالنفقة على الأب وحده ، ففي أب ، وأم موسرين تكون النفقة على الاب وحده ، ولو كان الابن بالغاً عاقلاً ، وقيل لا ينزهد الاب بالاتفاق إلا في الصغير — ويقاس عليه البالغ المجنون ولاية الاب عليه كالصغير — اما البالغ العاقل فتجب نفقته على الام والاب اثلاثاً لاستوائهما فيه من جهة القرب ، وعدم تمييز الاب عن الام إلا في مقدار الارث — ففي أب وجد النفقة على الاب ، لأنه احق بالمواساة ممن وراه في الدرجة .

فان لم يكن فيهم اب او كان ولم تتوفر فيه شروط المطالبة بالنفقة بأن كان معسراً ، وكان فيهم جد فلا يطالب الاب بالنفقة ، وإنما تنتقل إلى الجد دون الام والجدة ، لأنه اقدر على القيام بالنفقة وولاية الام اقربها ثم الجدة — وان اجتمع له أجداد وجدات ، فان ادلى بعضهم ببعض فالأقرب هو الذي ينفق ، وان لم يدل بعضهم ببعض فلا اعتبار بالأقرب ايضاً على الأرجح — وقيل الاعتبار بالارث فتجعل النفقة على الوارث منهم .

وقيل الاعتبار بولاية المال فتجعل النفقة على من لديه ولاية المال . فلو اجتمع لشخص جد هو ابو الاب ، وآخر هو اب اب الاب وثالث هو اب ام اب الاب : فالنفقة على ابى الاب ، لقربه ولو اجتمع له اب اب الاب ، واب ام ام الام ، واب الام فالنفقة على ابى الام لانه اقرب .

اما إذا تساوا او تساوى بعضهم في درجة القرب فالعبرة بالميراث حيث يلزم بالنفقة القريب الوارث — فلو اجتمع لشخص ابو الاب مع ابى الام ، فيلزم ابو الاب بالاتفاق وحدة لانه هو الوارث .

ولو اجتمع لشخص ابو ابى الاب ، وابى ام الام ، وابى الاب ، وأبى الام
فيلزم ابو الاب بالاتفاق لانه هو الجد الاقرب الوارث (١) .

ولو اجتمع له ام ام ام الام ، وام ام ابى الام ، وام ام الام ، وام ابى الام ،
فالتفقة تلزم ام ام الام لانها هي القرينة الاقرب الوارثة .

ومذهب الحنابلة إذا كان للمحتاج اصول مجتمعون فان كان فيهم أب
موسر فالتفقة تجب عليه وحده ، ولا يشارك الاب احد فى وجوب الإعتاق
على اولاده حتى فى حالة وجود الابن الموسر .

فان لم يكن فيهم اب او كان لكنه فقير عاجز عن الكسب وحيث التفقة
على غيره على قدر الارث من المنفق عليه لان الله تعالى رتب التفقة على الارث
فوجب ان يرتب المقدار عليه فاذا اجتمع جد هو يو اب ، وام - فعلى الأم
الثالث وعلى الجد الثلثان — وإذا اجتمع جد هو اب الاب وجددة لام وجددة
لأم : فعلى الجدتين السدس بالتساوى ، وعلى الجد الخمسة اسداس وذلك لان
انصبأهم فى الميراث بهذا الوضع (٢) .

٥ — المذهب = ٢ من ١٦٨ .

٢ — المتن = ٩ من ٢٦٧ والكامل = ٢ من ١٠٠٥ .

النفقة عند اجتماع الفروع

ذهب الحنفية إلى أنه إذا اجتمع للفقير المحتاج فروع متعددون ممن يمكن فرض نفقته عليهم ، فإن الترجيح بينهم في جميع الحالات يكون بقرب الدرجة وعند تساويهم في الدرجة يسوى بينهم في الوجوب والمقدار . ولا عبرة في حالة تعدد الفروع للارث أو عدمه ، ولو لمقدار الاستحقاق في الإرث ولا للاختلاف بالذكورة والأنوثة ، ولا للاختلاف في الدين : ذلك لأن أساس وجوب النفقة عليهم هو الجزئية والاختلاف فيها إنما يكون بقرب الدرجة إذ الأقرب أقوى في الجزئية من غيره .

ففي ولدين لمسلم فقير أحدهما نصراني أو أثنى تجب نفقة الأب عليهما بالسوية .

وفي ابن ، وابن ابن تكون النفقة على الابن فقط لقربه — وكذا في بنت وابن ابن تجب على البنت وحدها لقربها — أما إذا تساويا في القرب فالنفقة عليهما بالتساوي . ففي ابن ابن ، وبنت بنت النفقة عليهما على السواء واعتبار القرب دون مقدار اليسار هو ظاهر الرواية وبه يفتى — وقيل أن النفقة تجب على نسبة الميراث : فلو كان للفقير أبنان كلاهما غني لكن أحدهما دون الآخر تكون النفقة عليهما على السواء .

وذهب المالكية إلى أنه إذا اجتمع عدد من أولاد الضلْب وكانوا موسرين وزعت عليهم نفقة أبيهم أو أمهم ، وهل يكون التوزيع على حسب الرءوس دون تفرقة بين الذكر والأنثى ، وبين من اتحد في الدين واختلفا فيه وبين الوارثين وغيرهم ذهب إلى ذلك البعض — ومنهم من رأى أن التوزيع على

حسب الميراث الذكر والأنثى ، ومنهم من قال على حسب يسار الولد دون نظر إلى ذكورة الشخص أو أنوثته أو اتحاده في الدين مع الأصل واختلا ، أو الميراث ومقداره (١) .

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كان الأقارب كلهم فروعا ، وكانوا جميعا موسرين ... فإن استروا في القرب أو البعد وفي الإرث أو عدمه ، كابن وبنت تكون النفقة على السواء فعلى الابن نصف النفقة ، وعلى البنت النصف الآخر ، ولا عبرة بنسب في مقدار الإرث — وقيل توزع النفقة على قدر الميراث على الأرجح — فإذا كان أحد الفروع وارثا والآخر غير وارث كابن ابن ، وابن بنت ، وبنت بنت ، وبنت ابن قدم الوارث لقوة قرابته فتجب عليه النفقة وحده — وقيل ينفقون بالتساوى لأن القرابة المجردة عن الإرث موجبة للنفقة .

وإن اختلفوا نوبا وبعدا أو إرثا وعدمه فالاعتبار بالقرب ثم بالإرث على الأصح بأن ينظر أولا إلى الدرجة قربا وبعدا ، فإذا اختلفوا فيهما وجبت النفقة على الأقرب ولو غير وارث كبنت بنت مع ابن ابن — وإذا اتفقوا فيهما اختلفوا في الإرث وعدمه وجبت على الوارث دون غيره كبنت ابن ، وبنت بنت .

والوارثان المستويان قربا الواجب عليهما المؤن كابن وبنت هل يستويان فيه أم توزع المؤن عليهما بحسب الإرث : وجهان لم يرجح (٢) شيء منهما .

١ — أقرب المسالك - ١ من ٤٨٩ والشرح الكبير - ٢ من ٥٩٣ .

٢ — نهاية المحتاج - ٧ من ٢١٢ ، نعمة المحتاج - ٨ من ٢٥١ .

ومذهب الحنابلة أنه في حالة تعدد الأقارب من جهة للفروع فإن المسودة بالميراث . فإذا وجد من فروع الشخص وارثون وغير وارثين فالنفقة على الوارثين دون غيرهم - ولو اجتمع ابن ابن ، وبنت بنت فالنفقة على ابن الابن لأنه الوارث ولا شيء على بنت البنت لأنها غير ورارثة .

ولو كان له ابن ، وابن ابن فالنفقة تلزم الابن لأنه هو الوارث مع اعتبار المعسر منهم معدوما لا يحجب غيره ولا يزاحمه على الأرجح ، وتوزع النفقة كلها على الموسرين الوارثين بحسب إرثهم ولو كانوا من ذوى الأرحام .

كما لو اجتمع بنت ، وابن ابن وبنت ابن ، وكانت البنت معسرة وجبت على بنت الابن ، وابن الابن .

الحق الخامس من حقوق الأولاد

الولاية على الصغير

يشتمل الكلام على الولاية على نوعين :

الولاية على النفس — والولاية على المال

فالولاية على النفس وتكون حين تنتهى حضانة الطفل ، إذ ضم الطفل إلى من له الولاية على نفسه ، وذلك ليقوم على إتمام تربيته التى ابتدأت بالحضانة ، وليعمل على حفظه وصيانته حتى ينتهى امد هذه الولاية . كما أنه يتولى عقد زواجه حتى كان قاصرا .

ومن هنا كانت مهمة الولى على النفس خطيرة ، وأن له دورا حاسما فى حياة الولد ، وأثرا كبيرا فى تربيته ، وذلك متى لاحظنا ما للصغير من قوة التقليد والتأثر بغيره — فالولى على الطفل يبعده عن سبل الشر ، ويوجهه فى طريق الخير — لذا عنى الشرع عناية كبيرة باختيار الولى من أقرب الناس إلى الصغير وأحبهم إليه ، كما عنى برقابة الأولياء وتصرفاتهم حتى تكون محققة لمصلحة من هم تحت ولايتهم .

لمن تكون ولاية النفس ؟

بعض الأولياء تجتمع لهم الولاية على النفس والمال جميعا ، وبعضهم من تكون له الولاية على النفس دون المال ، وبعضهم تكون له الولاية على المال دون النفس ، ولكل من ذلك أسباب تقتضيه — فالذين لهم الولاية على النفس والمال معاهم : الأب ، ثم الجد ، ثم القاضى ؛ فالأب لأنه أقربهم للصغير واشفقهم عليه ، والجد لأنه يلي الأب فى هذه الصفات ، والقاضى لأنه ولى من لاولى له كما هو معروف .

والذين لهم الولاية على النفس فقط هم سائر أقارب الصغير والصغير ، ولكنهم في هذا درجات ؛ يحىء بعضهم بعد بعض بترتيب خاص سبق تفضيله في ولي النطاح ، وشروطه ، وتصرفات الأولياء في تزويج الصغير والصغيرة .

ضم الصغير للولى ومدرته :

إذا بلغ الصغير سن انتهاء الحضانة ضم إلى الولي على النفس وهو كما عرفنا الأب ، والجد وسائر العصبات المحارم للطفل مثل الأخ والعم وابن الأخ سواء في ذلك أن يكون الصغير ذكرا أو أنثى — فإن كان العاصب غير محرم كابن العم ضم إليه الصغير إن كان غلاما ، وإن كان بنتا لاتضم إليه ، بل كان للقاضي أن يبقيا الحضانه ، أو يختار لها شخصا أمينًا يضعها عنده . يقول الكاساني : « إن لابن العم — إن لم يكن هناك من العصبات من هو أقرب منه — أن يضم الغلام إليه ، وإنه ليس له ضم الصغير إليه إن كان فتاة ، لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له زواجها فلا يؤمن عليها (١) .

ويقول ابن عابدين (٢) إن لم يكن للجارية غير ابن العم فالأختار للقاضي إن رآه ، أصلح ضمها إليه ، والاتوضع في يد امنية .

وإذا بلغ الصغير عاقلا ، واستغنى عن الأب وكان مأمونا على نفسه صار لاحق للأب في إمساكه ، وصار أولى بنفسه يذهب حيث يشاء ، والبنت كذلك إن كانت نيبا ومأمونة على نفسها ، أى يصبح لاحق للأب في

(١) هداية الصنائع - ج ٤ ص ٤٣ .

(٢) ٢٠ ص ٦٠٦ .

إمساكها وعليه أن يخلى سبيلها فتكون حيث أرادت — فإن كانت غير مأمونة على نفسها أو كانت لا تزال بكرًا يستمر للأب حق إمساكها حفظًا وصيانة لها من الفساد والطامعين فيها ، إلا إذا كانت البنت البكر مسنة واجتمع لها رأى ، فإنها تكون حيث أحببت إذ لا خوف عليها » هذا عند الحنفية (١) .

وهذا الحق الذى للأب فى استمرار ضم الصغيرة عند بلوغها فى الحالات التى ذكرناها يكون للجدة أيضاً بالاتفاق بين فقهاء الحنفية ، كما يكون لغيرها من العصبات المحارم أيضاً عند بعض المحققين منهم كالأخ والعمة وكل ذى رحم محرم منها ما لم يكن مفسداً ، فإن كان كذلك وضعها القاضى عند امرأة ثقة أمينة .

وإذا بلغ الصغير أو الصغيرة معتوها وانتهت سن حضائته يكون للأب أو غيره من العصبات المحارم حق ضمه إليه ، باعتباره ولياً على نفسه .

أما إذا بلغ عاقلاً ثم أصيب بالعتة ، فإن الولاية لا تعود لوليّه العاصب قياساً ، بل إلى القاضى ، وفى الاستحسان تعود إليه ، كما تعود الولاية على ما له إلى من كانت له .

على أن فى المذهب الحنفى قولاً ببقاء من بلغ معتوها يد حاضنته . هذا والصغير يبقى لدى من الولاية على النفس حتى يبلغ عاقلاً ويستغنى عن رعايته وتوجيهه — ويعرف هذا البلوغ بظهور أعراض الرجولة فيه ، وفى البنت يظهر أعراض الأنوثة ، وإلا فيبلغ ثمان عشرة سنة وبلغها سبع عشرة عند أبي حنيفة — ويلوع منها خمس عشرة عند الصاحبين .

وهذا البلوغ يصل الصغير اليه قبل بلوغه سن الرشد المالى الذى يجعل له الحق فى تسلم أمواله وإدارتها بنفسه — والذى حدد له من الناحية المالية إحدى وعشرين سنة .

سلب الولاية واخذ منها قانونا :

ما تقدم أحكام الفقه الإسلامى الخاصة بالولاية على النفس حسب المذهب الحنفى ، وهى ما كانت تسير المحاكم الشرعية عليها تطبيقا للمادة رقم ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها .

ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس أو وقف كل حقوقها أو بعضها ، وذلك لأسباب حددتها مواده حماية للصغار من أن تتعرض سلامتهم أو أخلاقهم أو تربيتهم للخطر .

وقد سلب القانون الولاية فى الحالات الآتية :

١ — إذا حكم على الولى جريمة اغتصاب أو هتك عرض ، أو جريمة أخرى مما نص عليه القانون الخاصة بمكافحة الدعارة لسنة ١٩٥١ على احد ممن هم تحت ولايته .

٢ — إذا حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن هم تحت ولايته أو حكم عليه لجناية وقعت من احد منهم .

٣ — من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه قانون الدعارة المذكور .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير سلبها لمن تشملهم ولاية الولى الذى سلبت ولايته من الصغار الآخرين ، قبا عدا ما أشير اليه فى الحالة

الثانية إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم عليه ، وذلك ما لم تؤمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا .

وإذا كان سلب الولاية في تلك الحالات أمرا واجبا على المحكمة أن تحكم به فإنه يجوز للمحكمة سلبها أيضا ، أو وقف كل حقوقها أو بعضها في هذه الحالات التي جاءت بالمادة الثالثة من القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ وهي :

١ — إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة

٢ — إذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو جريمة مما نص عليه قانون محكمة الدائرة .

٣ — إذا حكم عليه أكثر من مرة لجريمة تعرض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية

٤ — إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح فان هذا يكون دليلا على أنه لا يحسن القيام على تربيته من هو تحت ولايته تربيته طيبة .

٥ — إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم ولايته ، أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو سوء التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال وإذا قضت المحكمة بسبب الولاية أو وقفها ، عهدت بالصغير إلى الولي الذي يلي في المرتبة من حكم عليه ، فان امتنع أو كان غير أهل لها جاز لها أن تعهد به إلى أي شخص آخر ، ولو لم يكن من أقاربه متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا لتربية الصغير .

كما يجوز لها أن تعهد به إلى أي معهد أو مؤسسة من المعاهد والمؤسسات الاجتماعية التي اعدت لهذا الغرض — وفي كل هذه الحالات يجوز للمحكمة أن تفوض أن عهدت إليه بالصغير كل حقوق الولاية أو بعضها .

الولاية على المال

سببها واساسها :

سبب هذه الولاية أحد أمرين : الأبوة ، والقضاء فمن ناحية الأبوة يكون الأب ووصيه ، والجدة ووصيه « فإن الجد يعتبر أباً ويقوم مقامه عند عدم وجوده ، ووصى كل منها يستفيد منها الولاية . فيكون هذا ولاية الأبوة من حيث المعنى .

ومن ناحية القضاء يكون القاضي ولياً إذا لم يوجد ولي أو وصى من جهة الأبوة — فالسلطان — كما يقال — ولي من لا ولي له ، ووصى القاضي يستفيد الولاية منه ، فيكون ذلك من باب ولاية القضاء من حيث المعنى .

أما أساس هذه الولاية والذي به يتفاضل به الأولياء فيما بينهم في الترتيب فهو وقور الشفقة ، وقوة المحبة للصغير ومن في حكمه والقُدوة على التصرف في الأمور المالية ، وذلك ما يدعو إلى العمل على حفظ ماله وتثمينه ، وهذا هو المراد من الولاية ، والغرض الذي ينبغي تحقيقه منها .

وثبوت الولاية للولي على الصغير أمر معقول ومشروع معاً . فانه عاجز عن تدبير أموره بنفسه ، والأب أو من يليه في الولاية قادر على ذلك ليكالرأيه وعقله ، ومن ثم يجب أن يقوم بهاعونا للضعيف ، وغيانا للمحتاج ، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا .

الأولياء على القصر وتربيتهم :

يختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء فيما بينهم .

فعند الشافعية إن الولاية المالية على الصغير لأبيه ثم لجده أى إلى أبيه وإن

هلا ، كما هو الأمر في ولاية الزواج ، ثم لوصى الأب فوصى الجد ثم القاضى
بنفسه أو أحد أمنائه ، ولا ولاية لأحد غير هؤلاء كالأم والأخ والعم من أقارب
للصغير ، إلا أن أوصى الولي المتوفى إلى أحد منهم ^(١) .

أما عند المالكية : فهو الأب . لا الجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب ثم
وصى الأب وإن بعد أى وإن كان وصى الوصى وهكذا نرى المالكية
لا يجعلون للجد حظا من الولاية على حفيده إذا تأخرت وفاته عن أبيه ؛ إلا إذا
كان الأب قد جعله وصيا قبل وفاته ، على حين يجعل الشافعية له الولاية بعد
الأب أى يقدمونه على وصى الأب نفسه ^(٢) .

أما الحنابلة فقالوا لا ينظر في مال الصبي والمجنون ماداما في الحجر إلا الأب
أو وصيه بعده أو الحاكم ^(٣) فهم في ذلك مثل المالكية .

ومذهب الحنفية وسط بين الفريقين ، فالولاية عندهم للأب فوصيه، فوصى
وصيه، ثم للجد فوصيه فوصى وصيه ثم للقاضى . فمن يجعله من قبله
وصيا — والسبب في هذا الترتيب واضح إذا ما لاحظنا الأساس الذى تبنى
عليه الولاية وهي كما قد علمنا أن الأب أوفر شفقة على ولده وأحبهم له ولما فيه
مصلحته وخيره — ووصية الذى إختاره بنفسه أحق الناس في رأيه بالقيام
بمقامه بعد موته ، فانه ما إختاره وصيا على صغاره من بين سائر الناس لإليقيته
بأنه يشفق عليهم ويصحى الخير لهم مثله ، فكان خلفا عنه وقائما مقامه ، والجد
وأفر الشفقة على حفيده إلا أنه في هذا دون الأب طبعاً ، ولهذا يتأخر في
عن الأب ؛ كما يتأخر عن وصيه أيضاً ، لأن ولاية الوصى هي ولاية الأب

١ - حاشية البيجرمى ج ٢ ص ٢٩٨

٢ - شرح الدردير ج ٣ ص ٣٠٠

٣ - المفتى ج ٤ ص ٥٥٣

ترتيب الأولياء في الولاية على النفس

لما كانت القرابة في المذهب المالكي والظاهرى والحنبلى والشافعى مقصورة على الأب وحده أو الأب والجد كان لذلك لايتأتى الترتيب بين الأقارب فى هذه المذاهب . حتى الشافعية القائلون بأن اسم الأب يتناول الجدة ولو إن مرتبة الجد تلى مرتبة الأب (١) .

أما المذهب الحنفى وهو المذهب الذى أثبت ولاية الزويج لكل قريب على اختلاف بين فقهاء فى مدى القريب ، فإن الترتيب بين الأقارب جرى كما هو فى الميراث ، فالأبعد مجزئ بالأقرب ، وهم على الترتيب الآتى :

١ - العصبة بالنفس :

وهم بترتيب الإرث وهي جهات أربع :

الأولى : جهة البنوة : وأولها الابن ثم ابنته وإن نزل .

الثانية : جهة الأبوة : وأولها : الأب ثم الجد لأب وإن علا .

الثالثة : جهة الأخوة : وأولها : الأخ الشقيق ، ثم لأب ثم ابن الأخ

الشقيق ، ثم ابن الأخ الأب ثم أولادهم على هذا الترتيب .

الرابعة : جهة العمومة . وأولادها .

العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب

الشقيق ثم لأب ثم أبناءهم وإن نزلوا على هذا الترتيب .

وقد ذكر الترتيب على هذا الوجه السرخسى (٢) وقال إنه على قول أبي

١ - نهاية المجتهد ج ٥ ص ١٧٦

٢ - الميسوط ج ٤ ص ١٠٧

حنيقة أما على قول الصاحبين فإن الأخ والجد يستويان ، لأن من أصلهما :
أن الأخ يزاحم الجد في العصوبة ، حتى يشتركان في الميراث . لكن السرخسي
نفسه وسائر فقهاء المذهب الحنفي صرحوا بأن هذا غير صحيح . بل الصحيح
أن الجد أولى بالتزويج من الأخ اتفاقاً ، لأن الولاية تنبت على الشفقة وشفقة
الجد فوق شفقة الأخ .

وعلى هذا إذا وجد واحد ممن له حق الولاية من أى جهة ثبتت له ولاية التزويج
حيث لا مزاحم له منها .

أما إن وجد متعدد منهم أثنان فأكثر . فإن من جهات مختلفة كان الترجيح
بينهم بالجهة ، فتقدم جهة البنوة على ماعداها من الجهات ، وبعدها تقدم جهة
الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة .

وإن اتحدت العصبة في الجهة فالترجيح بينهم يكون بالدرجة ، فإن كان
أحدهم درجة أقرب كما في أب ، وجد تكون الولاية للأب .

فإن اتحدوا في الدرجة كان الترجيح بينهم بقوة القرابة ، كمن له أخ
لأب ، وأخ شقيق . فيقدم الشقيق - وقال زفر الأخ الشقيق والأخ لأب سواء
لأن ولاية التزويج لقرابة الأب دون قرابة الأم ، وقد استويا في قرابة
الأب ، وإنما ترجح الأخ الشقيق في الميراث بجهة الأم ، ولا مدخل لها في
الولاية ، فلا يرجح بها .

ويمكن الجواب عن ذلك بأن مبنى الولاية على العصبة والأخ الشقيق
في العصوبة مقدم على الأخ لأب ، وإنه وإن كان لا يثبت لقرابة الأم
أصل الولاية كما للعصوبة إلا أنه يثبت الترجيح بها . فمن أدلى بقرابتين يترجح
على من أدلى بقرابة واحدة - فإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة مثل

أخوين شقيقين كانا متساويين فأيهما زوج جاز ، ويكون زواجه صحيحا نافذا . لأن الولاية لا تتجزأ لأنها ثبتت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . وما لا يتجزأ إذا ثبت لجماعة ثبت لكل واحد منهما على الكمال ، كأنه ليس معه غيره (١) .

فاذا عدم العاصب بالنفس كانت ولاية التزويج بعد ذلك للقاضي علي قول الإمام محمد بن الحسن — أما على قول أبي حنيفة فتي عدم العاصب كانت الولاية بعده للأقارب غير العصبية على حسب قوة قرابتهم .

وقد وقع خلاف في ترتيبهم والراجع أن الولاية تثبت أولا :

للأم لكمال شفقتها ، ثم الجدة لأب لقوتها وانتسابها بالعاصب ، ثم الجدة لأم ، ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ، ثم بنت الابن لقوتها وانتسابها بالعاصب ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأم ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم لولد الأم ، يستوى ذكورهم وإناثهم ، ثم أولاد الأخوات على ترتيب أمهاتهم ، ثم الأعمام لأم ، ثم العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات ثم أولادهن على هذا الترتيب (٢) .

فاذا عدم الأقارب غير العصبية كانت ولاية التزويج لمولى الموالاة ، ثم السلطان ، ثم القاضي إذا كان تزويج الصغار والصغيرات منصوبا عليه في مرسوم تعيينه — أما إذا لم يكن منصوبا عليه فلا ولاية له .

وكما يكون للقاضي ولاية التزويج عند عدم وجود الولي الخاص يكون له أيضا هذه الولاية مع وجود الولي الخاص ، وذلك فيما إذا امتنع الولي

١ — بدائع الصنائع ٢ ص ٢٥١ المبسوط ٤ ص ٢١٩

٢ — فتح القدير شرح الهداية ٢ ص ٤١٣ رد المحتار شرح الدر المختار ٢ ص ٢٠٠

الخاص من تزويج من في ولايته بدون سبب مقبول ، لأن الولي في هذه الحالة يعد عاضلا أى ظالما . وولاية رفع المظالم إلى القاضي .

هذا وإذا غاب الولي القريب غيبة يخشى معها فوات الكف . إذا انتظر حضوره كان للولي البعيد أن يتولى عقد الزواج ، ويكون زواجه صحيحا نافذا . ولا يبطل بعودة الولي القريب بعد ذلك ، لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يكون لأحد حق إبطاله (١) .

ما تقدم مذهب الحنفية :

وذهب المالكية : إلى أن أولى العصبة بالتقديم في ولاية النكاح هو الابن ثم ابنه وإن نزل ، ثم الأب ، ثم الاخوة وأولاهم الشقيق ثم لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم لأب ، ثم الجد لأب وإن علا ، ثم سائر العصبة على ترتيب الارث — فترتبة الجد لأب بعد مرتبة الاخوة وأبنائهم (٢) .

ودليلهم على هذا ما استدل به الحنفية بأن الوراثية نوع ولاية، لأن الوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا ، والوراثية هي الخلافة في التصرفات ، وأقوي أسباب الوراثية هي العصبية — ويزيد المالكية على ذلك بأن الاخوة مقدمون في الولاء وإمامة الجنازة على الجد . فلهذا يكونون مقدمين عليه في ولاية النكاح ، وأيضا ان الجديد لى بأبوة الأب ، والأخ بدلى ببنته ، والبنتوة مقدمة على الأبوة .

أما الشافعية والظاهرية فقالوا أولى العصبة بالتقديم في ولاية النكاح هو

١ — البحر الرائق ٣٠٠ ص ١٢٨ المبسوط ٤٠ ص ٢٢٠

٢ — المرجع ٣٠ ص ١٨ العرج الكبير وحاشية الدسوقي ٢٠ ص ٢٢٥

الأب ثم الجد لأب وان علت درجته ثم الأخ الشقيق ثم سائر العصبة على ترتيب الارث — غير أن الأب لا ولاية له على أمه إلا إذا كان ابن عمها أو صاحب سلطة عامة . فالجد عندهم مرتبة بعد الأب ، ولا ولاية للأب .

ودليلهم على هذا أن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، والأب أكل نظرا وأوفر شفقة من سائر العصبات ^(١) ثم يليه في هذا المعنى الجد لأب لأنه كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ثم يلي الجد الإخوة .

أما الابن فلا يلي نكاح أمه بسبب البنوة ، لأن الولاية تثبت للأولياء لدفع العار عن النسب ، ولا نسب بين الابن وأمه .

ومذهب الحنابلة : أن أولى العصبة بالتقديم في ولاية النكاح هو الأب ثم الجد لأب وان علا ، ثم الابن وابنه وان نزل ، ثم الأخ الشقيق ، ثم سائر العصبات على ترتيب الارث ^(٢) — فالابن عندهم له ولاية لكن بعد الجد ، وبعد الأب والجد ، والابن تترتب الولاية على ترتيب الارث .

ودليلهم على ذلك : أن الأب أكل نظرا وأوفر شفقة فوجب تقديمه في الولاية على الابن كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفه وجنونه ، فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن ، ولذلك اختص الأب بولاية المال .

ولأن الجد أبو الأب كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ، ولهذا لا يقدأ بها ، ولا يقطع في سرقة مالها بخلاف الابن — أما الابن فمرتبة تلي مرتبة

الجد لأب لأن له عصرية ، غير أن شفقتة دون شفقة الأب والجد .

هذا ومن يتأمل الأدلة السابقة يتضح له رجحان قول الحنابلة . أن أولى العصبات بزويج البالغة العاقلة أبوها فجدها لأبيها فابنها فالأخ الشقيق . ثم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، فالعم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم لأب وهكذا على ترتيب الارث بالتعصيب ، ولأن مبنى الولاية على الشفقة ، والترتيب الذي رجحناه هو مظنة هذه الشفقة

أثر هذا الخلاف :

تظهر ثمرة هذا الخلاف فيما إذا زوج الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب بدون إذن الأقرب . فان في المسألة قولين :

الأول : القول بطلان النكاح وهو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية (١) .
والثاني : القول بجواز النكاح وهو قول الحنفية والمالكية (٢) .

استدل للقول الأول على أن تزويج الأبعد والأقرب حاضر باطل ، بأن يأخذ الترتيب حق ثبت بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كما هو الحال في الميراث .

واستدل أصحاب القول الثاني على أن تزويج الأبعد والأقرب حاضر جائز . بأن ولاية الأبعد ثابتة بالتعصيب ، كما هي ثابتة للأقرب أيضاً ، والمول عليه في ذلك هو إذن المرأة ورضاها ، فتي أذنت لوليها الأبعد صح تزويجه .

١ — المتن ٧٠ ص ٣٦٤ — نهاية المنهج ٥٠ ص ١٨٥ ، المحلى ٩٠ ص ٤٥٨

٢ — الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٠ ص ٢١٥

والراجع القول الثانى لأن العادة جارية على أن يكون الأقارب جميعا على علم بهذا الزواج ، وبمن سيتولاه سلفا ، كذلك فإن اختيار المرأة للبعيد قد يكون لمصلحة تقتضيها القرابة نفسها كأن يكون البعيد عالما أو ورعا ، إذ مما لا شك فيه أن ولايته لعقد زواجها فى هذه الحالة سوف لا يكون شرفا للمرأة وحدها فحسب ، بل سيتعداه إلى الأقارب جميعا .

شروط ولى الكفاح

يشترط فى الولى شروط بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه

فأما الشروط المتفق عليها فأربعة

الأول : أن يكون حرا فلا يصح أن يكون عبدا

الثانى : أن يكون بالغاً فلا يصح أن يكون صبيا

الثالث : أن يكون عاقلا فلا يصح أن يكون مجنونا أو معتوها

والدليل الدال على هذه الشروط هو أن الحر البالغ العاقل عنده كمال

الأهلية ، وإذا فقدت الأمور الثلاثة أو فقد واحد منها لا يكون الإنسان

أهلا للتصرف فى حق نفسه . فبالأولى لا يكون أهلا للتصرف فى حق غيره ،

فإن فاقده الشئ لا يعطيه .

أما الشرط الرابع : فهو اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه وهذا الشرط

إنما يشترط فى الولى الخاص دون العام فالامام أو نائبه لا يشترط فيها هذا

الشرط ، لأن ولايتهما على المسلم وغير المسلم ، وكذا السيد المسلم له تزويج

أمنه الكافرة بمقتضى الملكية لا بالولاية على الصحيح .

أما الشروط المختلف فيها فهي

أولا : الذكورة

وقد قال بهذا الشرط جمهور الفقهاء (١) ، لأن الولاية يعتبر فيها الكمال

والمرأة ناقصة قاصرة ، تثبت عليها الولاية لقصورها عن النظر لنفسها فلا

تثبت لها ولاية على غيرها من باب أولى .

وزهب الحنفية والحنابلة في قول وابدؤوا من الشافعية إلى ان الذكورة ليست شرطاً في ولاية النكاح ، بل للمرأة أن تباشر عقد النكاح لنفسها ، ولغيرها ، غاية الأمر أن الحنفية ذهبوا إلى أن المرأة تستبد بمباشرة عقد زواجها بنفسها من غير أن تزجج إلى وليها أو تنكل إليه لإجراء العقد وإن كان خلاف المستحب ، لأنها من أهلها لكونها عاقلة ، ولأن لها ولاية المال على نفسها ، ف كذلك ولاية النكاح ، والولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة (١) .

هذا وقد استثنى المالكية من قيد الذكورة ، المرأة إذا كانت عاقلة أو وصية أو معتقة لذكر حيث لها في الأحوال الثلاث أن تلي تزويجها على المشهور ، بأن تقبل له النكاح ، فان تعلق بتزويج الأنثى فكل واحدة ممن ذكرنا توكل ذكرًا مستوفيا للشروط في عقد الأنثى في الثلاث ، لأن لكل منهن حقاً في ولاية التزويج ، إلا أنه لا يصح أن تباشره بنفسها (٢) .

وكذلك استثنى الشافعية المرأة إذا تسلطت على الإمامة ، فان حكماها ينفذ وتزويجها يصح (٣) .

١ — فتح القدير شرح الهداية - ٢ ص ٢٩١ البحر الرائق - ٢ ص ١١٧

١ — المرح الكبير روضة الدسوقي - ٢ ص ٢٢٠

٢ — نهاية المحتاج - ٥ ص ١٧

وما روى عن الإمام أحمد (١) وأبي ثور من جواز مباشرة المرأة عقد زواجها فهي مقيدة بما أذن لها وإيها الشرعي ، أي أن عبارتها تكون صحيحة في النكاح إذا أذن لها وإيها ، لأنه وإن كان للمرأة أن تباشر العقود المالية من غير توقف على إذن وإيها ، إلا أن عقد الزواج ليس كسائرهما ، لأن المصاحبة فيه غير مالية ، بل هي مصلحة تحيط بها عدة اعتبارات بعضها ظاهر يمكن الوقوف عليه ، وبعضها لا يمكن الوقوف عليه إلا بتأمل وبعد نظر . فإذا أذن للمرأة وإيها فقد أمن من المحذور .

والراجع ما ذهب إليه أبو ثور وماروي عن الإمام أحمد وهو أن الذكورة ليست شرطاً في ولاية النكاح ، بل للمرأة إذا أذن لها وإيها أن تباشر عقد النكاح لقوة دليلها .

الشرط الثاني : العدالة

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط وكون الولي غير فاسق على قولين - فذهب الشافعية في القول الأصح والحنابلة في إحدَي الروايتين إلى اشتراط كون الولي في النكاح عدلاً غير فاسق (٢) :

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية والشافعية في رواية إلى أنه لا يشترط العدالة في الولي . فالفاسق أن يلي عقد النكاح - أدلة القول (٣) :

أولاً : ما أخرجه الشافعي والبيهقي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهد عدل » .

(١) المفتي ج ٧ ص ٢٣٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٢ والمفتي لابن قدامة ج ٧ ص ٣٥٦ .

(٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٠٦ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ، والمفتي لابن قدامة .

ج ٨ ص ٢٥٧ والفرع الكبير ج ٢ ص ٢٣٠ ، ونهاية المحتاج ج ٢ ص ١٨٢ .

وجه الدلالة : انه عليه الصلاة والسلام يقرر أن صحة النكاح متوقفة على أن يكون الولي عدلاً ، لأن قوله مرشد أى عدل ، وليس الفاسق بمرشد فلا يكون ولياً .

ونوفس : بأن كلمة مرشد ليست ثابتة ، وعلى فرض ثبوتها يكون الحديث قد روى مرة بها ، ومرة بدونها فيكون الحديث مضطرباً لا يصلح للحجية ، وعلى فرض صحة الحديث مع زيادة كلمة مرشد فإن معناها ليس ما ذكر ، بل معناها أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه ، وهذا أمر يصلح له العدل والفاسق (١) .

ثانياً : إستدلوا بأن ولاية النكاح ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال ، ولأن الفاسق لا يؤمن أن يضعها عند فاسق مثله فيكون تضييعاً لها ، وإضراراً بها ، وذلك لا يجوز .

ونوفس : بالفرق بين ولاية النكاح وولاية المال ، فإن المال محبوب إلى الطبع حباً بفضى إلى القطيعة عند معارضته بذلك القدر من شفقة الأقارب فيؤدى إلى الخيانة ، فمن ثم لم تكن للفاسق ولاية المال ، وأما الانكاح فطبع الولي وإن كان فاسقاً يزعه عن التقصير والخيانة ، والوازع الطبعى أقوى من الوازع الشرعى .

واستدل أصحاب القول الثانى على أن العدالة ليست شرطاً فى الولي بل للفاسق أن يلى التزويج : بأن الفاسق يلى نكاح نفسه ، فتثبت له الولاية على غيره كالعدل ، ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر لأنه لو فور شفقتة يختار لموليته الكف خوف لحوق العار به ، ولأن طبعه يمنعه

من وقوع الضرر على المولى عليه ، لأنه في حكم نفسه (١) .

وهذا القول الثانى هو الراجح لقوة دليله ، وإجماع المسلمين من لدن عهد النبى ﷺ على عدم منع الفاسق من تزويج أولاده ، حتى قال الإمام الغزالى : لا سبيل إلى الفتوى بغيره لأن الفسق عم البلاد والعباد — أما مستور الحال فله الولاية بلا خلاف (٢) .

الشرط الثالث : الرشد

ويطلق الرشد على معنيين :

أحدهما : معرفة الكف ومصالح النكاح ، ثانيها : حفظ المال والرشد بالمعنى الأول لاخلاف بين الفقهاء فى اعتباره ، لأن الولاية فى النكاح مناطها النظر للمولى عليه ، ومن لا بصر له بمعرفة الكف ومصالح النكاح لا تثبت له الولاية لعجزه عن تحقيق المصلحة ولو كان أباً .

أما الرشد بالمعنى الثانى وهو حفظ المال فقد اتفق الفقهاء على أن السفية إذا لم يكن محجوراً عليه تثبت له ولاية الإنكاح لنفسه وعلى غيره ، لأن الرشد ثابت بيقين ، فلا يزول إلا بيقين مثله (٣) .

أما إذا كان محجوراً عليه . فقد اختلفوا فى ثبوت ولايته على الغير على قولين :

الأول : مذهب الحنفية والمالكية فى الراجح ، والحنابلة ، والشافعية فى

١ - المنى لان فدامة ج ٧ ص ٣٠٧

٢ - فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ، ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٣

٣ - كشف القناع ج ٥ ص ٤٠ .

قول : إن السفية المحجور عليه تثبت له ولاية النكاح على غيره ^(١) .

والثاني : مذهب الشافعية والمالكية في الرجوع أن السفية المحجور عليه لا تثبت له ولاية النكاح على غيره

إستدلوا للقول الأول : بأن السفية المحجور عليه كامل النظر في أمر النكاح ، وسفه لا يمنعه من رعاية الخط للمولى عليه ، وإنما حجر عليه لحفظ ماله خوفا من إضاعته .

ونوقش : بأن السفية المحجور عليه لا يؤمن نظره في تزويج المولى عليه ، لأن سفه وعدم تبصره بعواقب الأمور يؤثر في النظر في الأكفاء والمصالح ، فلا تتحقق بولايته مصلحة المولى عليه .

واستدل القائلون بأن السفية لا تثبت له ولاية النكاح على غيره : بأن النكاح تحيط به عدة اعتبارات دقيقة تحتاج من الرأى أن يكون على وعى وإدراك سليمين ، حتى يستطيع اختيار الزوج الكفء والسفيه لسوء تصرفه لا يحسن اختيار الزوج الكفء فضلا عن أنه لا يلي نفسه ، فغيره أولى أن يليه ^(٢) .

والراجع هو القول الأخير لقوة دليله ، ولأن السفية متى حجر عليه صار ممنوعا عن التصرف في المال ، وصار موليا عليه ، ومن ثم يكون القول ببقاء ولايته في النكاح مع سلب ولايته في المال أمر غير مقبول .

١ - رد المحتار شرح الدر المختار ج ٢ ص ٤١٨ . بداية الجند ج ٢ ص ١٢ ، نهاية المحتاج

ج ٢ ص ١٨٢ ، مكشاف الفتاوى ج ٥ ص ٤٠

٢ - نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٨٢ ، بداية الجند ج ٢ ص ١٢

٣ - المذهب للشهازي ج ٢ ص ٢٦

الشرط الرابع : أن يكون الولي حلالا .

أى غير محرم بحج أو عمرة ، أو بهما معا .

وفى هذا الشرط خلاف على قولين :

الاول : مذهب المالكية والشافعية ، (١) والحنابلة فى رواية إلى اشتراط ذلك .

والثانى : مذهب الحنفية ، والحنابلة فى رواية إلى أنه لا يشترط فى الولي أن يكون حلالا فان كان محرما بحج أو عمرة أو بهما معا ، فان له أن يلى عقد النكاح ، إستدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية :

١ - مارواه مسلم عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله ﷺ لا ينكح المحرم ولا ينكح (٢) .

وجه الدلالة أن قوله « لا ينكح » بفتح الياء وكسر « الكاف » أى لا يزوج نفسه ، وقوله « لا ينكح » بضم الياء وكسر « الكاف » أى لا يزوج غيره بولاية ولا بوكالة .

وعلى ذلك يكون الحديث دليلا على تحريم العقد بولاية المحرم لنفسه أو لغيره .

وفوقه : بأن الحديث ضعيف قال عنه البخارى أن حديث عثمان ضعيف

١ - الشرح الكبير ٢ ص ٢٣٠ ، ونهاية المحتاج ٥ ص ١٨٤ والمعنى لان قدومه

ج ٧ ص ٥٧٩

٢ - بيل السلام ج ٣ ص ١٩٢ : بيل الأوطار ج ٥ ص ١٢

لأن في إسناده تبيه بن وهب ، لا يصلح حجة (١) .

وعلى فرض صحته فيحتمل ان النهى في قوله « لا ينكح المحرم » للتحريم والمراد بالنكاح فيه الوطء ، ويكون المراد من الجملة الثانية « ولا ينكح » النهى عن التمكين من الوطء ، أى لا تمكن المحرمة زوجها من وطئها ، والتذكير باعتبار الشخص ، لأن المحرم يتناول المحرمة أيضا ؛ لكونه فى تأويل من يحرم أو يحمل النهى على نهى الكراهة ، وذلك لأن المحرم فى شغل عن مباشرة عقود الأنكحة ؛ لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان فى العبادة ، لما فيه من خطبة ومراديات ، ودعوة واجتماعات .

٢ - واستدلوا أيضا بقياس عقد النكاح على شراء الصيد بجامع أن كلا منهما عقد يتمتع المحرم عن فعله إلى الإحلال (٢) .

ونوقش : بأن النكاح حرم على المحرم ، لأنه من دواعى الوطء المفسد للحج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا عن غيره ، وعلى ذلك فلا يكون القياس صحيحا .

واستدل أصحاب القول الثانى على أنه لا يشترط فى الولى أن يكون حلالا :

١ — ما أخرجه الستة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم « زاد البخاري — وبنى بها وهو حلال (٣) ، ومات بسرف » .

١ — ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى - ٨ من ٥٧٩

٢ — فتح القدير - ٢ من ٢٧٥

٣ — تيل الاوطار - ٥ من ١٢ ، نصب الراية - ٣ من ١٧٠ فتح القدير - ٢ من ٢٦١ وسرف كسكتف مكان قرب مكة .

فقد دل الحديث على انه يجوز للمحرم أن يزوج نفسه ، وبالتالي يكون تزويج غيره جائز من باب أولى .

ونوقش هذا الدليل من وجوه

أولها : انه معارض بما رواه الجماعة إلا البخارى ، عن يزيد بن الأصم قال : حدثتني ميمونة ان الرسول صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال ، قال وكانت خالتي وخالة ابن عباس (١) .

وأجيب عن ذلك : بأن حديث ابن الأصم لم يقو قوة ابن عباس لأن حديث ابن عباس مما اتفق عليه الستة ، وحديث يزيد لم يخرج به البخارى ولا النسائى ، وايضا لا يقاوم ابن الأصم ابن عباس حفظا وإتقاناً — هذا فضلا عن انه قد صح من رواية عائشة وابى هريرة نحو ما روى عن ابن عباس

ثانيها : « انه معارض بما أخرجه الترمذى وأحمد عن أبى رافع أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة حلالا ، وبني حلالا ، وكنت الرسول بينهما » وصاحب القصة والسفير أولى لأنه أخبر وأعرف بها .

وأجيب : بأن ما روى عن أبى رافع لم يخرج فى واحد الصحيحين وان روى فى صحيح ابن حبان ، فإن لم يبلغ درجة الصحة ، ولذا لم يقل عنه الترمذى سوى أنه حديث حسن . قال : ولا نعلم أحد أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة — وهذا فضلا عن أن رواية ابن عباس مثبتة لوقوع النكاح فى الاحرام ، والمثبت أولى من النافى (٢) .

١ — نيل الأوطار - ٥ ص ١٢

٢ — فتح البدر - ٢ ص ٢٧٥ ، نيل الأوطار - ٥ ص ١٢ .

ثالثها : أنه معارض بما أخرجه الطبراني عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونه وهو حلال .

وأجيب : بأن الطبراني عارض ذلك بعد أن أخرج تلك الولاية ، فأخرجه عن ابن عباس من خمسة عشر طريقاً أنه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان ، وقال هذا هو الصحيح .

الوجه الثاني : على فرض صحة ما روى عن ابن عباس ولا معارض له فيحتمل أن يكون المعنى أنه تزوجها وهو في أرض الحرم وهو حلال ، فأطلق ابن عباس على من في الحرم أنه محرم ، فانه يقال أنجد إذا دخل نجد ، وأحرم إذا دخل أرض الحرم (١) .

وأجيب : بأن ذلك التأويل بعيد ، لأن حديث البخاري نص صريح في أنه تزوجها وهو محرم ، وبني بها وهو حلال لا يقبل التأويل .

الوجه الثالث : أن النكاح حالة الاحرام من خصائصه صلى الله عليه وسلم فلا يقاس عليه غيره (٢) .

وأجيب : بمنع الخصوصية ، لأن الأصل في فعله صلى الله عليه وسلم وجوب التامس به إلا ما قام الدليل على أنه خاص به لقوله تعالى « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة » (الأحزاب / ٢١) .

واستدلوا ثانياً : بأن النكاح عقد كسائر العقود التي يتلظ بها من شراء للتسرى وغيره ، ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام ، ولو حرم لكان

١ — نيل الأوطار ج ٥ ص ١٣ . فتح القدير ج ٢ ص ٢٧٥

٢ — نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٤

غايته أنه ينزل منزله نفس الوطاء وأثره في فساد الحج لا في بطلان العقد (١).
والراجع ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين لقوة أدلتها
ولأن الذين رَوَوْا أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم أهل
علم ومن أثبت أصحاب ابن عباس ، وهو أئمة فقهاء ، يحتج بروايتهم
وآرائهم .

الولاية على المال

إذا كان للصغير مال إحتياج إلى من يقوم بحفظه وصيانته واستثماره ،
ويسمى هذا بالولي الشرعى على الصغير .

وهذه الولاية تكون عند الحنفية أولاً ^(١) للأب ثم لوصيه ثم لوصى وصيه ،
ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ثم لوصيه ، ثم لوصى وصيه ثم
للقاضى ثم لوصى القاضى « وهو من يعينه القاضى وصياً » وقد حل محل
القاضى الآن المحاكم الحسبية .

وعند المالكية والحنابلة ^(٢) تكون الولاية على الصغير للأب ثم وصيه
ثم للقاضى ووصيه لأن الجد عندهما ليست له ولا ولاية على القاصر ولا ينزل
منزلة الأب .

وعند الشافعية تثبت للأب ثم للجد ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد إذ يعتبرون
الجد الصحيح فى منزلة الأب عند عدم وجوده أو فور شقيقته مثله ثم للمحاكم ثم
لن يقيمها المحاكم ^(٣) .

ومما سبق يبين :

١ - ان الأب مقدم فى هذه الولاية على غيره باتفاق المذاهب ، لأن هذه
الولاية إنما تثبت على الصغير نظراً لمصلحتهم ، فانهم لما كانوا عاجزين عن
التصرف بأنفسهم كان من الضروري أن يتولى أمورهم أشخاص آخرون
ينوبون عنهم فى تصرفهم وأساس ذلك توفر عامل العطف والشفقة إلى إحسان

١ - تبين المذائق ج ٥ ص ٢٢ ، بدائم الصنائع ج ٥ ص ٥٥ .

٢ - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٥٦ .

٣ - نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٢ .

التصرف في شئون هؤلاء العاجزين ، فمن كانت شفقتة أعظم وعظمه أوفر قدم على غيره ، ومن هذا الوجه كان تقديم الأب على غيره ، لأنه أقرب الناس إلى أولاده ، وشفقتة فوق شفقة الكل .

٢ - تكون الولاية بعد الأب لمن يختاره الأب وصيا على أولاده عند الحنفية والمالكية والحنابلة . وهو مقدم على الجد عندهم ، لأن اختيار الأب له مع وجود الجد دليل على إن الأب يرى أن الوصي أصح من الجد ، وأنه لا يريد أن ينيب عنه ، ولما كان الأب مقدما على الجد فكذلك من ينيب عنه ويقوم مقامه --- وخالف الشافعية في هذا الأئمة الثلاثة فقدموا الجد على وصي الأب ، وهذا لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لو فور شفقتة مثل الأب ، ولذلك ثبتت الولاية في التزويج فتثبت له الولاية في المال أيضا .

٣ - بعد وصي الأب تكون الولاية للجد عند الحنفية ، لأن أقرب الناس إلى الصغار وأصلحهم للقيام بشئونهم بعد الأب — وعند المالكية والحنابلة لا تثبت الولاية للجد أصلا ، لأنه لا يدل على الصغير بنفسه وإنما يدل على الأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ .

٤ - تنتقل الولاية بعد الجد إلى وصيه عند الحنفية والشافعية .

٥ - تنتهي الولاية بالقاضي عند جميع الأئمة لأنه ولي من لا ولي له ، والقاضي لا يلي أمور القاصر بنفسه لكنه يكل أمورهم إلى من يعينهم من الأوصياء .

٦ - لا تثبت الولاية على المال لغير هؤلاء منها قربت درجة قرابتهم من القاصر — فالأم والأخ والعم وغيرهم لا ولاية لواحد منهم على مال القاصر إلا بوصاية ، فلو أوصى الأب إلى الأم ، أو أقامها القاضي وصية على أولادها صح ذلك ، وكانت لها الولاية على المال بصفتها وصية مختارة قبل الأب .

أو وصية معينة من قبل القاضى لا بصفتها أما ، ومثل الأم فى هذاسائر الأقارب من العصبات النسبية وغيرها .

ويجرى العمل الآن فى المحاكم الحسبية على :

أن الولاية تثبت للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا ثم لمن تعينه المحكمة وصيا .

نصت على ذلك المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المسال ونصها « للأب ثم للجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة » كما نصت المادة ٢٩ على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا » .

وقد وافق القانون مذهب الحنفية فى إثبات الولاية للجد الصحيح ، (١) وجعل ولايته بعد ولاية وصى الأب ، ولكنه قصر حق إقامة الوصى على الأب والمحكمة ، أما الجد ووصيه ووصى الأب فليس لهم حق إقامة الوصى فهو أسقط وصى الوصى للأب ، ووصى الجد من الأولياء الذين اعتبرهما الحنفية كذلك قد أسقط وصى وصى الأب وهو يتفق مع مذهب الشافعية ، وأسقط وصى الجد وهو يتفق مع مذهب المالكية ، لأنهم لا يجعلون للجد ولاية على المال فضلا عن وصيه .

كما أن المادة الأولى نصت على إلزامية هذه الولاية ، فلا يجوز للولى أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة — والمحكمة فى هذا مراعاة مصلحة المولى عليه حتى

١ - هذا خلاف لى المذهب الحنفى فىرى عمر أن الجد يتقدم على وصى الاب ومذهب ابن حنبل أن وصى الأب هو الذى يتقدم .

تتخذ المحكمة في هذه الحالة من الإجراءات ما يكفل مصالح من تشمله الولاية ومثال الأسباب التي تبرر الإعفاء من الولاية : كون الولي طاعنا في السن أو مريضا وفي حاجة إلى الرعاية ولا يستطيع بالتالي القيام بمسؤولياته رعاية أموال القاصر من واجبات والتزامات .

وإذا ما قبلت المحكمة تنحى الولي أقامت وصيا على القاصر يرعى مصالحه . وذلك إذا كان الولي هو الجد الصحيح أو كان هو الأب ولم يختَر وصيا أو لم يوجد الجد الصحيح .

شروط التولي على المال :

إشترط الفقهاء لثبوت الولاية على المال ما يأتي :

أولا : أن يكون عاقلا ، بالغاً ، حراً ، لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف كان فاقد الأهلية ، أو ناقصها ، فلا يكون أهلا للولاية على مال نفسه ، وإذا لم يكن أهلا للولاية على مال نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال غيره من باب أولى ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة .

ثانيا : ألا يكون سفيا يخشى منه على مال القاصر ، فلو كان سفيا محجورا عليه بالفعل للسنة فالأمر واضح لأنه لا يلي أمور غيره ، وإن لم يكن محجورا عليه ولكنه سفية مبذر يخشى على مال الصغير منه لا تكون له الولاية أيضا .

ثالثا : أن يكون متحداً مع الصغير في الدين فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقي هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعاً لأهمهم لا تثبت الولاية له عليهم .

علما أنه إذا لم يوجد الولي الشرعي تنتقل الولاية كما قدمنا إلى القاضي . وفي هذه الحالة لا يشترط الاتحاد في الدين لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذي هو ولي من لا ولي له من رعايا المسلمين وغير المسلمين ..

رابعاً : ألا يقوم بالولى سبب من أسباب سلب الولاية أو سقوطها أو وقفها .
قضت المادة الثانية من القانون ١١٩ لسنة ١٩٢٥ على أنه « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيها يتعلق بماله هو

حكم عقود الولى وتصرفاته :

القاعدة العامة التى تحكم عقود الولى وتصرفاته التقييد بالنظر فى التصرف وبما يحقق المصلحة العامة للمولى عليه .

وبناء على ذلك لا يكون للولى سلطة فى مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبه شىء من مال المولى عليه أو التصديق به ، أو البيع والشراء بغبن فاحش ولهذا تبطل تصرفاته الضارة دون قبول الإجازة من أحد — أما التصرفات النافعة فمما محضاً كقبول الهبة والصدقة والوصية له ، وكفالة الغير للمال فهى جائزة ويكون للولى مباشرتها ، ومثلها التصرفات التى تدور بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجازة والاستئجار والشركة والقسمة ، فإن الولى له أن يباشرها إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر . ولزيادة الإيضاح تفصل القول فى تصرفات كل من الأولياء وبيان ما يجوز منها وما لا يجوز .

أولاً : تصرفات الآباء فى أموال أولادهم

يختلف حكم تصرفات الآباء فى أموال أبنائهم بحسب صفاتهم وهم حسب ذلك على أربعة أنواع :

أ - آباء معروفون بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على أموال أولادهم وهؤلاء لا ولاية لهم على مال أولادهم ، وليس لهم أن يتصرفوا فيها أصلاً ، بل إن القاضى ينزع المال من يد الأب ، ويسلمه إلى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغار بالنفع .

ب - آباء معروفون بسوء التدبير وفساد الرأى ، ولكنهم أمناء . فهؤلاء تثبت لهم الرأية على مال أولادهم الصغار ومن فى حكمهم ، ذلك لأن فساد الرأى وسوء التدبير لا ينقص شيئاً من شفقة الأب وعطفه على أولاده ما دام لم يظهر منه أضرار بأموالهم فلا وجه لسلب الرأية من الآباء فى هذه الحالة ، إلا أنه نظراً لسوء تدبيره وفساد رأيه اشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع ونحوه أن يكون فيها منفعة ظاهرة لمن فى ولايته .

وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة فى العقار ببيعته بضعف قيمته ، وبشرائه بنقص يساوى ثلث قيمته ، كأن يشتري ما يساوى خمسة عشر جنينها بعشرة - وفسرها بعضهم بما يكون فيه خير المولى عليه من غير تقييد بالضعف أو بالثلث ، وبلا تفرقة بين العقار والمنقول ، ولكن الفتوى على التفسير الأول .

ج - آباء مستور حالهم لم يعرفوا بسوء الاختيار ولا فساد الرأى .

د - آباء معروفون بحسن الرأى والتدبير ، وهؤلاء هم والذين قبلهم تثبت لهم الرأية التامة على أموال أولادهم الصغار ومن فى حكمهم ولو كانوا فى حضنة غيرهم . والقاعدة العامة فى تصرفات النوعين الآخرين من الآباء إنهم يملكون جميع التصرفات التى يكون فيها حفظ مال المولى عليه وتنميته واستثماره سواء أكان المال منقولاً أو عقاراً ، وتكون جميع تصرفاتهم صحيحة نافذة إلا ما كان منها ظاهر الضرر - ولا يشترط فى تصرفاتهم أن تكون منفعتها ظاهرة كما فى الآباء المعروفين بفساد الرأى وسوء التدبير ، لأنه لحسن تدبيرهم وأصالة رأيهم لا يقدمون على عمل إلا إذا نظروا فى عاقبته ،

ومن هنا أجاز فقهاء الحنفية للأب أن يبيع أموال أولاده الصغار ، وأن يشتري لهم سواء كان ما يبيعه أو يشتريه من المنقولات أو العقارات مادام البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغير يسير (وهو ما يتغابن فيه الناس عادة) ويكون شراؤه صحيحاً ، وليس لأحد نقضه لا القاضى ولا الصغير إذا بلغ ، لصدوره

عن ولاية تامة ، ولعدم وجود ما يوجب نقضه — أما في حالة البيع والشراء بمثل القيمة فالأمر ظاهر — وأما في حالة البيع والشراء بالغبن اليسير ، فلا أنه لا بد من حصوله في المعاملات المالية ، فإذا لم يفتقر أدى ذلك إلى سد باب التصرفات .

أما إذا كان البيع من الأب أو الشراء بغبن فاحش ، وهو مالا يفتقر فيه الناس عادة ، فإن العقد لا يكون صحيحا غير أنه في حالة الشراء ينفذ العقد على الولي ، لأنه نافذ على العاقد فينفذ عليه ، بخلاف البيع فإنه لا يجوز تقاضا ، لأن في تقاضه تمليك مال الولد للصغير ، ولا يملك الولي ذلك مادام العقيد (١) ظاهر الضرر .

وهذا على المفتي به في مذهب الحنفية — وهناك رأى آخر في المذهب الحنفي يقول : إن الأب لا يجوز له أن يبيع العقار الا بمسوغ شرعي كأن يكون الصغير في حاجة إلى ثمنه (٢) .

كذلك أجاز الحنفية للأب إذا كان وليا معروفا بحسن الرأي والتدبير أو مستورا الحال أن يبيع مال نفسه لولده الصغير ومن في حكمه — وأن يشتري مال ولده لنفسه إذا كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير — وفي هذه الحالة يتولى الأب طرفي العقد في البيع بمجرد قول الأب : بع هذا المال لولدي وفي حالة الشراء بمجرد قول الأب : اشتريت تم العقد ، وهذا إستثناء من القاعدة العامة التي تمنع أن يتولى الواحد طرفي العقد في العقود المالية — وسبب هذا الاستثناء أن الأب أو فور شفقتة لا يقدم على ما يكون فيه ضرر

١ - بدائه اضايع ج ٥ ص ١٥٣

٢ - أحكام العقار ج ١ ص ١٩٢

لولده ، وربما كان في العقد الذي يتولاه مصلحة ، وإيثار للصغير ^(١) .

لكنهم لم يجيزوا للأب ولو كان حسن التدبير أن يهب شيئاً من مال الصغير ومن في حكمه ، ولا أن يتصدق على آخر منه ، ولا أن يوصي بشيء من مال الصغير ولا أن يتبرع به ولو كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي لأنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يملكها الولي ولو كان أباً .

وكذلك لم يجيزوا له أن يقرض مال الصغير للغير ، ولا أن يقترض لنفسه لأن في الإقراض أو الاقتراض تعطيل المال عن الاستثمار ، والولي مأمور بتنميته بقدر الإمكان .

أما رهن مال الصغير في دين على الأب : فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك . فأجازوه أبو حنيفة ومحمد فقالا يجوز للأب أن يرهن شيئاً من مال ولده في دين نفسه — وقال أبو يوسف وزفر لا يجوز له ذلك .

وجه قول أبي يوسف : أن الرهن يؤدي إلى إفناء الأب دينه من مال الصغير وهو ضرر محض بالصغير فلا يجوز ، ولأن الرهن فيه تعطيل لمنفعة المال إذ يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين ، وربما طال الزمن لعدم قدرة الأب على السداد .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : إن الأب يملك إيداع مال ولده ، والرهن أنظر من الإيداع ، لأن الرهن إن هلك كان مضموناً على المرتهن بالأقل من القيمة والدين ، والوديعة لو هلكت لا يضمنها المودع فيملكه الأب بالطريق الأولى .

ويقول علماء الحنفية إن قول أبي يوسف وزفر هو القياس ، وقول أبي حنيفة هو الاستحسان . ومعنى هذا أن التتوي على قول أبي حنيفة ومحمد دون قول أبي يوسف وزفر لأن الاستحسان راجح على القياس إلا في مسائل مخصوصة ليست هذه منها ، ولكن لا يخفى وجاهة قول أبي يوسف وزفر وقوة حجتهما إذ أن الأب في حالة الإيداع يملك استرداد الودعة في أي وقت

ما يجري على العمل قانونا في تصرفات الأب :

تناول القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تصرفات الولي على المال في المواد من الرابعة إلى الرابعة عشرة (. .)

ففي المادة الرابعة نص على أنه « يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها ، وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » .
فالمادة بينت الأحكام الخاصة بواجبات الولي وسلطته ، ومؤداها أن الولي يقوم برعاية أموال القاصر ، وأن له — نظرا لافتراض وفرة الشفقة — إدارة أمواله والتصرف فيها .

أما بقيه المواد من الخامسة إلى الرابعة عشرة فتضمنت القيود التي فرضها القانون على حق الولي في التصرف في مال القاصر وإدارته ، وأبقى ما عداها مباحا تبعا للشريعة الإسلامية .

ففي المادة الخامسة نص على أنه « لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لاداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة » فبينت المادة حكما عاما في شأن التبرعات . وقضت بمنع الولي من التبرع بشيء من مال القاصر ، لكنها استثنت

١ — بدائع الضائع ج ٦ ص ، ونين الحقائق للرياس ج ٦ ص ٧٢ دفع القدير

من ذلك التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، كما اشترطت لصحة هذا التبرع إذن المحكمة فاذا تبرع الولي بغير إذن المحكمة كان تبرعه باطلا ، وألزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص . والمحكمة مطلق الحرية فى تقدير ظروف التبرع والدافع اليه ، وتقدير مال الصغير وما إذا كان يتحمل التبرع أم لا .

وما قرره المادة الخامسة يتفق مع ما نص عليه فقهاء الحنفية من منع الولي من التبرع بشئ من مال القاصر ، ولكنه يختلف معه فى هذا الاستثناء .

والذى دعا إلى هذا الاستثناء أنه وجد إن اتفاق المال فى سبيل المصالح الإجتماعية كإنشاء ملجأ أو مستشفى ، أو الواجبات العائلية كتقديم هدية لمتزوج أو مواساة مريض أو معوز فهذا لا يعد من الاتلاف للمال طالما كان المقصود به خدمة المجتمع أو الأسرة .

ومنع الولي من التبرع بشئ من مال القاصر يتفق مع ما قدمنا من مذهب الحنفية أما أجازة التبرع بشئ من ماله لأداء واجب إنسانى أو عائلى بعد استئذان المحكمة لا يتفق مع مذهب الحنفية ولكنه يتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة فإنهم يوجبون الزكاة فى مال القاصر فيمكن أن يعتبر ذلك التبرع على هذا الوجه .

أما المادة السادسة التى نصها (لا يجوز للولي أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه) فقد تضمنت المادة أن الولي يمنع من التصرف فى عقار القاصر ببيع أو إجارة لنفسه أو لزوجه أو أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا إذا أذنت المحكمة بذلك ، والغرض من هذا التقييد هو رعاية مصلحة الصغير لاحتمال أن يكون فى التصرف مخاطرة لأحد

الاقارب فاذا توقف التصرف على إذن المحكمة كان ذلك ضماناً لانتفاء المخاطرة ، وتحقق من عدالة التبادل — ولأن في تدخل القاضي تحقيق مصلحة القاصر ، ونظر لما في البيع من التهمة التي تستوجب أخذ الإذن من المحكمة قبل الإقدام ، والشريعة الإسلامية لا تجيز التصرفات التي يكون احتمال التهمة فيها قائماً . ولهذا منعت شهادة الوالد لولده ، وشهادة الزوج لزوجته وبالعكس .

كذلك تضمنت المادة السادسة منع الولي من رهن مال الصغير في دين على الولي نفسه ، لأن الرهن غالباً ما يفضى إلى استيفاء الدين من مال الصغير وفي إباحة الرهن ما ييسر للأب الالتجاء إليه كلما وقع في ضيق مالى ، فكان من المصلحة أن يجنب الصغير هذا الخطر .

وما جاء في هذه المادة لا يخرج عن الآراء الواردة في فقه الحنفية فقد رأينا أبا يوسف وزفر لا يجوزان للأب أن يرهن مال ولده في دين نفسه كما قدمنا ونصت المادة السابعة على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة — ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » .

والمقصود من هذا القيد هو اجراء وقائي، وتوفير أكبر قسط من الضمانات لرعاية مصالح المشمولين بالولاية ، وهذا لا تأباه مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحيط القاصر بكل ضروب الحياطة ، ونهت عن قربان ماله إلا التي هي أحسن .

ونصت المادة الثامنة على أنه « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت اشرافها .

ونصت المادة التاسعة على أنه « لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة » — وهذا لكي تتحقق من أن الاقراض أو الاقراض لن يضر بمال القاصر، أو يعرضه للضياع .

ونصت المادة العاشرة على أنه « لا يجوز للولى بغير اذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة) .
وهذا لكون الولاية تنقضى يلوغ القاصر هذه السن .

ونصت المادة الحادية عشرة على أنه « لا يجوز للولى أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفي حدود هذا الاذن » .

وهذا النص كما تقول المذكرة الايضاحية مستمد من بعض التقنيات الأجنبية وقد روعى في الاخذ به ما للاستمرار في التجارة من أهمية بالنسبة إلى مسئولية القاصر في ماله ، وما ينبغي أن يتوافر في الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خبرة خاصة في هذا الشأن ، وهذا أيضا أمر لا تأباه روح الشريعة الإسلامية .

وقد أجازت المادة الرابعة عشرة التى نصها أن « للاب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

ومقتضى ذلك أن يكون للاب حق التعاقد فيما عدا الاستثناءات التى التى ينص عليها هذا القانون وذلك لأن افتراض وفرة الشفقة فى الأب يشفع فى إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة الثالثة من قانون الولاية على المال قضت

باخراج ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع من نطاق الولاية متى اشترط المتبرع ذلك — فلو أوصت الأم المختلفة مع الأب مثلاً لولدها ، واشترطت ألا يتولى أبوه أمر ذلك المال الذي أوصت به ، فإن هذا المال لا يدخل تحت ولاية الأب ، ويجوز للمتبرع في هذه الحالة أن يختار الوصى الخاص بالمال الذي تبرع به ، ويجب أن يعرض هذا الاختيار على المحكمة .

أما إذا اكتفى المتبرع بأن اشترط ألا يتولى الولي أو الوصى العام إدارة المال الذي تبرع به ولم يختَر وصياً فإن المحكمة هي التي تعين الوصى الخاص بإدارة هذا المال الذي آل إلى القاصر بطريق التبرع ، ولا تتعدى وصايته هذه الحدود .

وواضح أن هذا الحكم يتفق مع إرادة المتبرع فقد يرى أن يجعل المال الذي تبرع به بمنأى عن ولاية الولي لاعتبارات خاصة ، وليس من المصلحة أن تفرض سلطة الولي على نحو قد يحرم الصغير من تلقى التبرعات .

ومقتضى مذهب الحنفية أن هذا الشرط غير صحيح ، والشرط غير الصحيح لا يؤثر عتدم في عقود التبرعات فيصح العقد ويلغو الشرط ، ولكن المبدأ لا يمنع من مثل هذا الشرط ولا يحكمون بإلغاءه ، ومن ثم لا يكون هذا الحكم خارجاً عن نطاق الفقه الإسلامى .

وصى الأب

الايصاء والوصية فى اللغة بمعنى واحد يقال أوصى فلان إلى فلان بكذا ، وأوصى له بكذا بمعنى عهد إليه .

ولكن النقصاء يفرقون بين الايصاء والوصية ، فيقولون إن أوصى لان

لفلان بكذا يكون المعنى تبرع له ، وملكه مالا بعد وفاته - وإن أوصى فلان إلى فلان بكذا معناه عهد إليه بالاشراف على شئون أولاده من بعده .

وعلى هذا فوصى الأب : هو من يقيمه الأب خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر ويسمى « الوصى المختار » .

وتكرن إقامة الوصى المختار بعقد الايصاء — ولا يتم هذا تعتد إلا بالإنجاب من الموصى ، وقبول من الوصى ، ولا يشترط في كل من الانجاب والقبول أن يكون بألفاظ مخصوصة بل يصح بكل لفظ يدل على تفويض الأمر إلى الموصى بعد موت الموصى مثل جعلت فلانا وصيا ، أو عهدت إليه بمال أولادى بعد وفاتى وما أشبه ذلك .

ولا يشترط في القبول أن يكون في مجلس الانجاب ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد موت الموصى ، لأن أثر عقد الايصاء إنما يظهر بعد موت الموصى فسكان القبول ممتداً إلى ما بعده .

وقد اشترط القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٢٥ م لتعيين الوصى المختار في المادة ٢٨ التى نصها « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ — ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرقية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها مكتوبة بخطه وموقعة بمضائه ، ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبتها » .

فها هو القانون يشترط لتعيين الوصى المختار أن يكون الاختيار ثانيا بورقة رسمية أو عرقية مصدق على توقيع الأب ، أو بورقة مكتوبة بخطه

وموقعه بإمضائه حسماً للمنازعات الخاصة بالاثبات ، ولا يصير الوصى المختار وصياً في نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة — فإذا تبين للمحكمة أن الوصى الذي اختاره صالح لأن يكون وصياً لتوافر الشروط الواجب توافرها في الوصى قررت تثبيت وصايته ، وإذا تبين للمحكمة أنه غير صالح لأن يكون وصياً لعدم توافر الشروط الواجب توافرها في الوصى اعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ، وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصياً بدلاً الوصى المختار .

شروط الوصى :

يشترط في الوصى سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً معيناً من قبل القاضى أن يكون كامل الأهلية (عاقلاً بالغاً حراً) وأن يكون عدلاً أميناً قادراً على إدارة شئون من له الوصاية عليه ، وأن يكون متيحداً في الدين مع من له الوصاية عليه ، فلا يصح الإيصاء للصغير والمجنون والمعتوه والعبد ومن لا يحسن التصرف لأنه لا ولاية لواحد من هؤلاء على مال أنفسهم فلا يكون له حق التصرف في مال غيرهم — كذلك لا يصح الإيصاء لمن يكون مخالفاً للقاصر في الدين ، لأن الإتفاق في الدين باعث على العناية بالقاصر ، والاهتمام بأمره ، والاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك النظر في صالح من يخالفه في دينه .

وشرط تحقق هذه الشروط المذكورة إنما هو بعد وفاة الموصى ، لأن هذا الوقت هو وقت تنفيذ الإيصاء ، فيكون هو المعتبر دون غيره .

فإن لم يكن الوصى مستوفياً لهذه الشروط عند الوفاة صحت إقامته سواء كان رجلاً أو امرأة وارثاً أو غير وارث .

أما القانون . فقد نص في المادة ٢٧ منه « على أنه » يجب أن يكون

الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة — ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا

١ — المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأدب أو الماسة بالشرف أو الزاهة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٢ — من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر أو أنه كان في ولايته .

٣ - من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيين .

٤ — المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية تلى قاصر آخر .

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضاء .

٧ - من كانت بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصالحة القاصر .

ويجب على كل حال أن تكون طائفة القاصر . فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

ومثال ذلك : أن يكون القاصر قبطيا كاثوليكيًا . فيتعين هنا أن يكون

الوصى من طائفة القاصر الأقباط الكاثوليك — فإن لم يكن من أهل مذهبه « الكاثوليكية » وإن لم تتوافر الصلاحية في أحد المتضمنين إلى هذا المذهب فمن أهل دينه وهو المسيحية .

والقانون إنما اشترط ذلك ضمانا لشفقة الوصى على من له الوصاية عليه وحسن عنايته به .

أما الأنوثة :

فلا تمنع الشريعة الإسلامية المرأة من حق تعيينها وصيا على أموال أولادها القصر — كما أنه ليس في نصوص القانون ما يمنع من ذلك — وعلى هذا استقر القضاء : ففضى بأن أم القاصر هي أشفق عليه وأرفق به ، ولديها من الغيرة عليه والعناية بأمره مالا يتوافر على الوجه الأكمل عند غيرها من ذوى الأرحام ، فيجب إذن تعيين الأم وصية على ولدها القاصر دون ذوى الرحم عندما يثبت إن الأم أهل الوصاية ، ولعندها من الكفاءة والاعتدال ما تستطيع معه القيام بهذه المأمورية على ما ينبغي أن يكون .

كما أن زواج المرأة لا يمنع من صلاحيتها للقيام بأعباء الوصاية .

إجراءات تعيين الوصى :

نصت المادة (٩٨٩) في الكتاب الرابع من قانون المرافعات على أنه « على الأقارب المقيمين في معيشة واحدة مع المتوفى ، وعلى ورثته البالغين ، والمأمورين والموظفين العموميين الذين أئتمتوا الوفاة ، وكذلك مشايخ البلاد أن يبلغوا العمدة أو شيخ الحار . في ظرف أربع وعشرين ساعة بوفاة كل شخص توفى عن حمل مستكن أو قصر أو عديم أهلية أو ناقصية أو غائبين وبوفاة الولى أو الوصى والقيم أو الوكيل عن الغائب ، ويجب على الأقارب البالغين كذلك

ن يبلغوا عن فقد أهلية أحد أفراد الأسرة أو غيابها إذا كان مدتها بما معهم في معيشة واحدة . وعلى العمد ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النيابة العامة بالمحكمة التي يقع في دائرتها محل عملهم في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم بذلك أو علمهم به .

ونصت المادة ٩٨٦ « مرافعت على أنه » تعين المحكمة النائب عن عديمي الأهلية ... وعلى النيابة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لترشيح من يصلحون (أي للصاية) وأن ترفع هذا الترشيح للمحكمة خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ الوفاة .

ونصت المادة ٩٨٨ مرافعات على أنه « تبلغ النيابة الأوصياء القرار الصادر بصيغتهم إذا صدر في غيبتهم » .

حكم تصرفات وصي الأب

يعتبر وصي الأب قائما مقام الأب وخلفا عنه فيملك جميع التصرفات التي يملكها الأب والتي قد تقدم بيانها إلا في مسائل خاصة يختلف فيها وصي الأب عن الأب من هذه المسائل :

١ - بيع العقار :

فقد تقدم أن للأب أن يبيع عقار ولده مادام البيع بمثل القيمة أو بفن . يسير — أما وصي الأب المختار فلا يجوز له أن يبيع العقار إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي ، لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع إلا إذا وجد مسوغ شرعي كأن يكون يبيع العقار خير للصغير من بقائه وذلك في الحالات الآتية :

أ — أن يرغب شخص في شراء العقار بضعف قيمته أو أكثر لمصلحة له في ذلك فإن الوصى في هذه الحالة يستطيع أن يشتري للصغير بالنمن عقاراً أتفع من الذى باعه .

ب — أن تكون ضريبة العقار وما يصرف عليه للصيانة أو الزراعة تزيد على غلاته .

ج — أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا سبيل إلى تدبير ذلك إلا ببيع العقار المملوك له ، فيسرع للوصى أن يبيع منه قدر ما يكفي للائاق على القاصر .

٢ - بع الوصى مال نفسه لليتيم أو شراء مال اليتيم لنفسه

فإن الأب يجوز له ذلك متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة — أو بغير يسير أما وصى الأب فلا يجوز له ذلك إلا إذا كان في البيع أو الشراء منفعة ظاهرة للصغير .

وتتحقق هذه المنفعة الظاهرة في رأى بعض الفقهاء بأن يبيع للقاصر العقار بنصف القيمة ، ويشتري منه العقار بضعف قيمته — وفى غير العقار يبيع له ما يساوى خمسة عشر بعشرة ، ويشتري منه ما يساوى عشرة بخمسة عشرة وهذا على القول المفتى به فى مذهب الحنفية وهو رأى الإمام أبى حنيفة .

وقال محمد وأبو يوسف فى أظهر الروايات انه لا يجوز للوصى ان يبيع او يشتري من مال الصغير مطلقا لعدم وفور شفقتة، ولا نه متهم فى هذا التصرف.

والسبب فى هذه التفرقة واضح لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا يحتاج إلى ضمان بعدها . وإيس كذلك الوصى لأنه قد يؤثر مصلحة على مصلحة القاصر . فلهذا كان في حاجة إلى ضمان يحقق مصلحة الصغير .

أما إذا كان يبيع مال الصغير لأجنبي، أو الشراء للصغير من الأجنبي فلا يشترط لانتفاء التهمة عن الوصى .

تصرفات وصى الأب فى القانون :

منعت المادة ٣٨ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الوصى من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى أو بأذن المحكمة ، وهو فى هذا يتفق مع الأب .

وكذلك المادة ٣٩ منعت الوصى من مباشرة بعض التصرفات إلا بإذن المحكمة . وهذه التصرفات هي :

١ — جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات التى تقرر حقاً من الحقوق المذكورة (كالقسمة أو الصلح . وقد رئى أن يكون النص عاماً شاملاً للتصرفات المتقدم ذكرها نظراً لأهمية الثروة العقارية فى مصر)

٢ — التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصية ، أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة كبيع المحصول . أو بيع ما جرى العرف ببيع من نتاج المواشى . فمثل هذه التصرفات تستثنى من نطاق الإذن .

٣ — الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

٤ — حوالة الحقوق والديون التى للقاصر ، وقبول الحوالة عليه ، وإقراض ماله واقتراضه .

٥ — استثمار أموال القاصر وتصفيتهما (ويقصد بالاستثمار توظيف المال . يقصد الحصول على ربح أيا كانت صورة هذا التوظيف كشراء نوع من

الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة ، أو لاستغلاله في عملية معينة) .

٦ — إقراض المال وإقراضه ، لأن الإقراض غالباً ما يؤدي إلى ترتيب مسئوليات يجب التثبت من وجهة العلة التي تبررها ، كما أن الإقراض ينطوي على مخاطرة برأس المال ، ومثل هذه المخاطرة لا يلجأ إليها إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك .

٧ — إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني . وكذلك إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

٨ — قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

٩ — الاتفاق من ماد القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١٠ — الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر .

أما الوفاء الذي يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا يحتاج إلى إذن المحكمة » .

١١ — رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

١٢ — التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ودفع الطعون غير العادية في الأحكام .

١٣ — التنازل عن التأمينات أو إضعافها (لأنه ينطوى على تفويت مصلحة للصغير فينبغى أن يثبت القضاء من قيام المبررات التي تدعو إلى مثل هذا التنازل قبل الإذن به .

١٤ — إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون للوصى نائباً عنه .

١٥ — ما يصرف في تزويج القاصر .

١٦ — تعميم القاصر إذا احتاج للنفقة والإتفاق اللازم لمباشرة القاصر مهمة معينة والمادة ٤٠ تحتم استئذان الوصى المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة في ذلك . كما توجب على الوصى ان يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبيت من عدالتها .

الايضاء لأكثر من واحد:

يجوز للموصى شرعا ان يوصى لأكثر من واحد بعقد او بعقدين. وايضا للقاضى أن يعين أكثر من وصى، فاذا نص في الوصاية على ان كلا من الوصيين يتفرد فى التصرف . كما إذا قال الموصى اقم فلانا وفلانا وصيين على ان يتفرد كل منهما بالتصرف . إتبع ما نص عليه . وكذا إذا نص على الإشتراك بين الوصيين وعدم إفراد احدهما بالتصرف دون الآخر . يتبع النص .

فاذا أوصى لهما وصية مطلقة غير مقيدة بإفراد او عدمه كمن قال لرجلين جعلتهما وصيين فقد اختلف الحنفية .

فأبو حنيفة ومحمد يريان ان الوصيين يشتركان فى التصرفات ، ولا يجوز لأحدهما الإفراد بالتصرف . وابو يوسف يجوز لكل من الوصيين أن يتفرد بالتصرف . ودليله على ذلك ان الوصاية انما تثبت بطريق الولاية ، وذلك بانقال

ولاية الموصى الى الوصى ، ومن المقرر الثابت : ان الولاية اذا ثبتت شرعا لاثنتين ابتداء ثبت لكل منهما كاملة على الافراد كولين في الزواج متساويين في الدرجة وقوة القرابة (أخوين شقيقين فلكل منهما أن يتولى التزويج منفرداً فكذلك الولاية التي تثبت بطريق الخلافة عن الموصى . لأن الولاية لا تتجزأ . فإذا ما تثبت لشخص تثبت له كاملة . ومحمد المقرر ان الوصاية خلافة عن الموصى . اذ الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه من الموصى ، وهذه الخلافة انما تتمحقق بانتقال الولاية اليه على الرجة الذي كان ثابتاً للموصى وقد كان بوصف الكمال . وقال الإمام محمد لا يجوز لأحدهما ان ينفرد لأن الولاية للموصى انما تثبت بطريق تفويض الموصى اليه ، ولم تثبت له ابتداء من الشرع كولاية الأب والجد وولاية الأخوين في التزويج ؛ فيجب ان يراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع والاشتراك في التصرف لكونه شرطاً مقيداً لأن رأى الواحد لا يكون كراى الاثنتين . والموصى لم يرض إلا بتصرف الاثنتين واجتماعهما في التصرف ، بخلاف الاخوين في ولاية التزويج لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلا وثبتت لهما ولاية التزويج من الشارع ابتداء ، ولم يتلقيا الولاية من الغير بطريق التفويض ، كما هو الشأن في ولاية الوصى . فقياس ولاية الوصيين على ولاية الولين المتساويين في درجة القرابة وفي قوتها قياس مع الفارق فلا يجوز .

وأقوى الرأيين هو رأى الأخير : رأى الطرفين . وفي العمل به تحقيق الهدف الذى ينشده الموصى من إقامة وصيين فأكثر فما أقدم على تعدد الاوصياء إلا وهو يريد اجتماع رأيهم واشترائهم في التصرف . وغير خاف أن النظر للمولى عليه يتحقق بالاشتراك دون الافراد .

وكذلك لو أجاز لكل واحد من الوصيين أو الاوصياء أن ينفرد بالتصرف لأدى هذا إلى اختلافهم في التصرفات وتزاحمهم عليها . فتكون

النتيجة تعارض التصرفات واختلال الإدارة فيلحق القاصر من جراء ذلك ضرراً بالغاً .

ويظهر أثر هذا الاختلاف في حالة انفراد أحد الوصيين بالبيع أو الشراء فعلى مذهب أبى يوسف يكون التصرف صحيحاً نافذاً بدون توقف على إجازة الوصى الآخر . وعلى مذهب الطرفين يتوقف نفاذه على إجازة الوصى الآخر وموافقته .

لكن الطرفين استنبوا بعض مسائل من مذهبهم فلم يشترطوا اشتراك الوصيين ، ولا اجتماع رأيهما لنفاذ التصرف ، فقالا بنفاذ التصرف فيها بمباشرة أحد الوصيين لها منفرداً بدون توقف على إجازة الآخر . ويمكن أن تندرج المسائل في الحالتين الآتيتين :

أ — الأمور التي لا تحتل تأخيراً حتى يرجع إلى الوصى الآخر . مثل تجهيز الميت ، وبيع ما يخاف عليه الفساد والتلف . وشراء حاجيات الصغير الضرورية ، وقبول الهبة وسائر التبرعات للصغير لأن في تأخير قبولها خوف فواتها .

ب — الأمور غير المحتاجة إلى أخذ الرأي مثل رد الودائع المعلومة المعينة إلى أصحابها ، وقضاء الديون الناجبة ، وتنفيذ الوصية النافذة المعينة .

وقد وافق القانون مذهب الطرفين . فلم يميز لأحد الوصيين انفراده بالتصرف حتى لا يفضى إفراد كل منهم إلى اختلاف تصرفاتهم وتعارضها . وجعل الأصلي في حال التعدد هو اشتراكهم في التصرف ، كما استثنى القانون من هذا الأصل حالتين أجاز فيهما لأحد الوصيين أن يتفرد بالتصرف وهما :

١ — حالة ما إذا عينت المحكمة اختصاصاً لكل من الأوصياء المتعديين كما لو كانت المحكمة عينت إلى أحدهم القيام بشئون متجسراً ومصنع للقاصر وإلى آخر بشئون الاراضى الزراعية للقاصر وإلى ثالث بشئون المباني والدور مثلاً .

٢ — حالة الإجراءات الضرورية والعاجلة التى تتمحض لمصلحة القاصر ومنفعته كالطعن فى الأحكام قبل انقضاء المواعيد القانونية للطعن فيها، وكاتخاذ الإجراءات العاجلة لصيانة حق القاصر .

فقد نصت المادة ٣٠ على أنه (يجوز عند الضرورة ^(١) تعيين أكثر من وصى واحد ، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد . إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق) ومع ذلك فلكل واحد من الأوصياء إتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر .

ولاية الجدد ومدى ما يملكه من تصرفات :

لا يختلف أئمة الحنفية فى أن ولاية الجدد متأخرة رتبة عن ولاية وصى الأب فى المال . أما فى النفس فالولاية للجدة بعد الأب مباشرة . فإذا وجد الجدد الصحيح ووصى الأب كانت الولاية على المال لوصى الأب وكانت الولاية على النفس للجدة . فإن لم يكن وصاية من الأب قبل موته ، كانت الولاية للجدة فى المال والنفس .

١ — وجاء فى المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بهذه المادة وبديهي أن المحكمة هى المرجع الأخير فى تقدير هذه الضرورة فى ضوء ظروف الصبي ، وظروف من يرفع الرقابة ، وتنوع المصالح التى يراد حمايتها . فمن الأوصياء من يكون أهلاً للقيام على شئون الزراعة ، ومنهم من لا يمكنه القيام على شئون استغلال صناعات أو تجارى ، ومن المصالح ما قد يتطلب تعدد القائمين عليه ولهم تجانس خبرتهم ، وتقارب ، وملاهم رغبة فى توفير ضمانات الشورى .

والخلاف في كون ولاية الجد في قوة ولاية الأب فيملك من التصرفات ما يملكه الأب . أو هي في قوة ولاية وصي الأب فيملك الجد ما يملك الوصي من التصرفات .

فذهب محمد من الحنفية إلى أن ولاية الجد في قوة ولاية الأب لأن ولاية الجد أصيلة ليست مستمدة من أحد . فهي طبيعية ثابتة من الشارع أثبتتها له بسبب قرابة الأبوة فإنه يعتبر أباً ، ويقوم مقام الأب عند عدم وجوده فيكون له ما للأب من التصرفات ، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه ، وأكثرهم رعاية لمصالحهم واهتماماً بأمورهم بعد أبيهم ، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده تكون ولايته في المال مثل ولاية الأب في القوة والشمول فيملك ما يملكه الأب من التصرفات .

وإنما قدم وصي الأب على الجد في ثبوت ولاية المال لمراعاة إحترام رأى الأب ولتحقيق رغبته وتنفيذ إرادته لا لكون ولاية وصي الأب أقوى من ولاية الجد ، ولا لكونه أشد شفقة ورعاية لمصلحة الصغير ومن في حكمه .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيذهبان إلى أن ولاية الجد في قوة ولاية وصي الأب ، فيملك ما يملكه وصي الأب من التصرفات التي أسلطنا بيانها ، لأن وصي الأب مقدم على الجد في الولاية على المال بالإتفاق ، ولو كانت ولاية الجد في القوة مثل ولاية الأب لوجب تقديم الجد على وصي الأب في الولاية على المال . وهذا غير حاصل .

هذا ويختلف الجد في ولايته عن وصي الأب في ولايته . في أن الجد ليس له أن يتصرف ببيع أعيان تركته الميت ابنه (الأب للصغير) لإبقاء ما عليها من ديون مات الأب وهي عليه . أو لتنفيذ ما يوجد فيها من وصايا .

فى حين أن وصى الأب يملك ذلك . وقد عللوا ذلك بأن الجد ولايته على المال ثابتة له ابتداء بحق القرابة وهي الأبوة لا بطريق الخلافة عن الأب بإيصائه اليه والجد لا يملك بيع شيء من مال ابنه (الأب) عقاراً أو منقولاً فى حياته لا إيفاء ما عليه من ديون أو حقوق . فلا يملك ذلك بعد وفاته . أما وصى الأب فهو خليفة عن الأب فى الولاية بسبب إيصاء الأب اليه ، فيملك بمقتضى هذه الخلافة ما يملكه الأب فيقوم مقامه فى أداء ما عليه (الأب) من حقوق فى تركته بعد وفاته . وفى حال ولاية الجد فإن على الدائن أو الموصى له شيء من التركة أن يرفع الأمر إلى القضاء لإيفاء ما على التركة من دين أو لتنفيذ ما فيها من وصيه ، وليس لها الحق فى مطالبة الجد ببيع شيء من التركة لأداء ما عليها من الديون ، أو لتنفيذ ما فيها من الوصايا فإذا لم يكن أداء الدين أو تنفيذ الوصية محتاجاً إلى بيع شيء فإن الجد يملك الأداء والتنفيذ .

أما القانون . فقد سوى بين الجد والأب فى تصرفات الولاية فى الأعمال النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية . وجعل لكل منها أن يقبل الهبة والوصية إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة فيتوقف قبولها على إذن المحكمة .

وأيضاً سوى بينهما فى الأعمال الضارة ضرراً محضاً فمنعها من التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبأذن المحكمة . وصحح من كل منها الأعمال الدائرة بين النفع والضرر على حسب القيود الواردة فى القانون .

لكنه فرق بينهما فيما يتعلق بالتصرفات فجعل للأب بمقتضى المادة ٤١ التعاقد مع نفسه باسم القاصر من غير حاجة إلى إذن المحكمة سواء كان لحساب نفسه أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك . أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتماقد مع نفسه باسم القاصر إلا إذا أذنت له المحكمة أية كان العقد ، وإذا أذنت المحكمة بإبرام العقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام

العقد مع الجد . فقد نصت المادة ١٥ على « إنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلاح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها .

وصى الجد وحكم تصرفاته:

ثبت لوصى الجد من التصرفات ما ثبت لوصى الأب . ويحظر عليه ما منع منه وصى الأب — وقد عرفنا أن القانون لم يجعل للجد حق الوصاية على أولاد ابنه بل جعل ذلك مقصوراً على الأب .

ولاية القاضى ووصيه :

ثبت للقاضى الولاية إذا مات الأب أو الجد ولم يوص واحد منها عند الحنفية ، وهذه الولاية تثبت لكونه له ولاية عامة على المسلمين ، فله أن يتصرف بنفسه في أموال القاصر بما فيه المصلحة ، وقد جرى العمل على أن القاضى لا يقوم بنفسه بإدارة أموال الصغار ومن في حكمهم وبالنظر في شئونهم بل يعين وصياً من قبله ، إذ أن ذلك هو المستطاع له ، ويسمى هذا الموصى وصى القاضى ، أو الرضى المعين ، لأن القاضى الذى عينه وأقامه وصياً .

وإذا تم تعيينه صار هو الذى يقوم بمستلزمات الوصاية ، وليس للقاضى سوى الإشراف العام ، وفى جمهورية مصر العربية تقوم المحاكم الحسبية بمقام القاضى وليس من وظيفة هذه المحاكم إدارة أموال القصر بنفسها بل وظيفتها قاصرة على تعيين أوصياء للقصر ، إذ تضيف الأوصياء المختارين ، ومراقبة تصرفات الأوصياء سواء كانوا مختارين أو معينين .

ويملك شرطاً الوصى المعين من قبل القاضى — المحكمة الحسبية — التصرفات التى يملكها الوصى المختار ولكن تختلف ولاية الوصى المعين عن ولاية الوصى المختار من الأب أو الجد فى الأمور الآتية :

١ — أن الوصى المختار لا يقبل التخصيص ببعض التصرفات كما إذا جعل وصيا في تأجير الأملاك أو تحصيل الديون ، أو في إيفاء ما على التركة من ديون . أو في تنفيذ ما فيها من وصايا . وذلك عند أبي حنيفة . فإذا خصص كان لغواً ولا يتقيد بنوع التصرف الذى خصصه به . بل يملك كل أنواع التصرفات المالية الجائزة للموصى العام شرعا ، لأن الوصاية اليه تثبت له ولاية مالية والولاية لا تنجزا .

أما الوصى المعين فإنه يقبل التخصيص عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الوصى المعين مثل الوصى المختار يتقيد كل منها عنده بنوع التصرف الذى خصصه به الموصى ، ولا يملك غيره من التصرفات . لأن الوصاية وإن كانت ولاية إلا أن هذه الولاية مستفادة من الموصى بتفويضه وإذنه فى تصرف خاص ، فتكون هذه الولاية الثابتة الوصى بطريق الوصاية اليه من الموصى أو من القاضى على حسب ما فوضه اليه وإذنه فيه .

وأيضا فإن الموصى إذا خصص وصية بنوع من التصرفات كان ذلك دليلا على أنه لا يثق برأيه ولا يرضى لعمله فيما عداه من التصرفات ، إذ الشخص يحسن تصرفا من التصرفات ولا يحسن غيره ، ويتقن عملا من الأعمال ولا يتقن غيره . فجعله وصيا عاما مع تخصيص الموصى وصية بنوع من التصرفات إلغاء لمعنى التخصيص . وفيه مخالفة لغرضه — ومع قوة دليل أبي يوسف فى هذه المسألة لكن الفتوى على رأى أبي حنيفة وعلى هذا فلا خلاف فى أن القاضى إذا خصص الوصى المعين يتخصص ، ولا يملك غير ما خصص به من التصرفات . لأن ولايته مستمدة من القاضى ، وولاية القاضى تتخصص فكذلك الولاية المستفادة من ولايته . ولأن وصى القاضى بمنزلة الوكيل ، ومن المقرر أن الوكيل يتخصص بنوع التصرف الذى وكل فيه ، ولا يكون وكلا عن الموكل فيما عداه .

٢ — إن الوصى المختار له أن يبيع ماله هو ومال من لا تقبل شهادته لهم لمن يكون مشمولاً بوصايته ، وله أن يشتري منه لنفسه ، أو لمن لا تقبل شهادته له ، بشرط أن تتحقق المنفعة الظاهرة في البيع أو الشراء .

أما الوصى المعين فليس له ذلك لأنه نائب القاضى ، والقاضى لا يملك البيع والشراء ، المذكورين اتفاقاً للشبهة ، ودفعاً للتممة ، وإبتعاد عن مواضع الرية ، وحفظاً لما للقضاء من منزلة ومكانة . ولأن ما يصدر من القاضى بمقتضى وظيفته يعتبر حكماً ، ولا يصح للقاضى أن يحكم لنفسه ، ولأن لا تقبل شهادته لهم . فمن يستمد الولاية منه يكون مثله في هذا الحكم .

٣ — للوصى المختار أن يوصى إلى غيره من بعده ويكون من أوصى إليه وصياً في تركه الوصى المختار وتركه الموصى له . وهذا إذا كان الوصى المختار في إيصائه إلى غيره قد قال له جعلتك وصياً من بعدى ، أو جعلتك وصياً في التركتين . أما إذا قال : جعلتك وصياً في تركتى . فظاهر الرواية عن أبى حنيفة أنه يكون وصياً في التركتين ، لأن تركه موصيه تركه بصفته وصياً عليها : وأظهر الروايتين عن الصاحبين أنه يكون وصياً في تركه هو ولا يكون وصياً في تركه موصيه ، وإذا قال له جعلتك وصياً في تركه موصى . كان كما قال ولا يكون وصياً في تركه هو (١) .

ولا يملك الوصى المعين أن يوصى إلى غيره من بعده في التركة التى هو وصى فيها ، إلا إذا جعل له هذا الحق في قرار تعيينه من قبل القاضى (المحكمة المختصة) .

انتهاء الوصاية والولاية :

من المعلوم أن الولاية من أسبابها الصغر . فتبقى للولي ما بقي الصغير . فإذا زال السبب انتهت الوصاية والولاية . فإذا بلغ القاصر ماقلاً رشيداً بحيث يؤتمن عليه في إدارة أمواله والتصرف فيها . ولم يحدد جمهور الفقهاء للرشد للمأني سناً معينة يحكم بزوال الولاية أو الوصلعة عن القاصر متى بلغها بل هو موقوف إلى ظهوره بالفعل . وذلك عن طريق الاختبار والتجربة . فإن دلت التجربة على تحقق الرشد حكم برشده وسلمت إليه أمواله ، وإلا بقيت الولاية أو الوصاية عليه وبقيت أمواله تحت يد وليه كما كانت قبل البلوغ مهما طال الزمن . وهذا على خلاف ما جرى عليه قانون الولاية على المال كما سيأتي .

كما تنتهي الولاية والوصاية بموت المشمول بالولاية أو الوصاية لأنها نصير غير ذات موضوع . وكذا بموت الولي أو الوصي . أو زوال أهلية أحدهما أو بسلب ولايته . أو اعفائه منها أو عزل الوصي .

وقد حدد القانون في مادته الثامنة عشرة . السن التي تنتهي الولاية ببلوغه القاصر وأنها إحدى وعشرين سنة (أي شمسية التي عدد أيامها ٣٦٥) ميلادية؛ ما لم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه : ونص المادة « الولاية تنتهي ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية » :

فن بلغ هذه السن رشيداً زالت عنه هذه الولاية قانوناً . وجاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي :

« طبعي أن الولاية تنقضي كذلك بموت الولي وبزوال أهليته ، كما أنها تنتهي بموت الصغير قبل بلوغه ، ولم ير محل للنص هذه الأحكام لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة » :

فإذا أنس الولي في الصغير عارضا من العوارض التي تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة في القانون ، ومضى استوفت المحكمة من قيام العوارض أو شاطرت الولي رأيه في عدم إنباس الرشد فقضت باستمرار الولاية قبل بلوغ الصغير الحادية والعشرين . وفي هذه الحالة تظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها باستمرار من القضاء . وإذا لم يصدر حكم باستمرار الولاية إلى ما بعد بلوغ الحادية والعشرين إنتهت الولاية ، ولم يعد هناك سبيل لرعاية من يبلغ هذه السن إذا قام سبب من أسباب الحد من الأهلية إلا الالتجاء إلى إجراءات الحجر .

وفي المادة ٤٧ نص على إنتهاء الوصاية بأحد الأمور الآتية :

١ — بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر إستمرار الوصاية عليه .

٢ — عودة الولايه للولي ، وذلك في حالة ما إذا كان تعيين الوصي بسبب وقفه ولاية الوصي الشرعي .

٣ — عزل الوصي من الوصاية ، أو قبول إستقالته منها .

٤ — فقد أهليته أو نبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

ويلاحظ أن فقد الأهلية لا يستتبع إنتهاء الوصاية إلا إذا صدر قرار بذلك من المحكمة إلا إذا كان فقد الأهلية بسبب الجنون فإنه تسرى أحكام القانون المدني ، وللمحكمة إذا ما توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أن تأمر بوقفه إلى أن يتم الفصل في أمر عزله أو إنتهاء وصايته .

وأوجبت المادة (٥٠) على الوصي إذا إنتهت وصايته أيا كانت سبب إنتهاها

أن يسلم خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاؤها جميع أموال القاصر التي في يده، ويكون التسليم بمحضر خاص، وعلى الوصى الذي إنتهت وصايته أن يودع قلم الكتاب صورة من الحساب ومحضر تسليم أموال القاصر .

وفي حالة وفاة الوصى ، أو الحجر عليه ، أو ثبوت غيبته بتقيل بنقض المادة (٥١) إلزام بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب عن الوصاية إلى ورثة الوصى ، أو من ينوب عنه حسب الأحوال .

المشرف على الوصى :

هو الشخص الذى يعين لمراقبة أعمال الوصى وتصرفاته المتعلقة بالوصاية . سواء كان وصيا مختاراً أو معيناً . بدون أن يشترك معه فى تلك الأعمال والتصرفات ، وذلك إذا احتاج الأمر إلى الإشراف لضمان قيام الوصى بمهمته وعمله كاملاً . وليس لهذا المشرف من أثر فى حق الوصاية غير أنه لا يجوز للوصى أن يتصرف إلا بعلمه .

وقد أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار والمعين، وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب (مادة ٨٠) وأوجب القانون على كل من الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب إجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال . وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال جاء ذلك فى المادة (٨١) .

كما قرر القانون أن المشرف يسرى عليه فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول إستقالاته وأجره على عمله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام الأوصياء والقائمة والوكلاء عن الغائبين (مادة ٨٢) كما بين القانون مهمة المشرف وأنها مراقبة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى إدارة الأعمال . وطلب منه

أن يبلغ من المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليها، وأن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد، أو قيم أو وكيل عن الغائب إذا خلا مكان أى واحد منهم . وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال العاجلة التى يكون فى تأجيلها ضرر ، كبيع المحصول الذى يتبادر إليه التلف والفساد ، وكالطمن فى الأحكام قبل إنقضاء المواعيد القانونية للطعن فيها ، وكاتخاذ الإجراءات العاجلة الضرورية لصيانة حق القاصر أو المحجور عليه أو الغائب .

فهمة المشرف تنحصر فى الرقابة والتوجيه . وليس له حق الاشتراك فى الإدارة ولا الإفراد بالتصرف ، وقد خول القانون للمشرف بطريق الاستثناء أن يقوم بالأعمال العاجلة التى يكون فى تأجيلها ضرر ، إذا خلا مكان النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب وذلك إلى حين أن يتسلم من حل محله فى عمله .

كما تقرر المحكمة إنهاء الإشراف إذا رأت زوال السبب الذى دعا إلى تعيين مشرف مع الوصى أو المقيم أو الوكيل عن الغائب .

الوصى الخاص والوصى المؤقت :

الوصى الخاص هـ الذى يتخصص بعمل معين أو يوكل إليه القيام بشأن معين من شئون القاصر والوصى المؤقت هـ الذى تتوقف مهمته فى أغلب الأحيان . وقد نص القانون فى مادته (٣١) على أنه المحكمة تقيم وصيا خاصا تحدد مهمته فى الحالات الآتية :

١ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو مع مصلحة قاصم آخر مشمول بولايته وكذا إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة زوجته

الولى أو مع مصلحة أحد أصوله أو أحد فروعه أو مع من يمثله الوصى .
(المراد بالتعارض الذى لا يبلغ حداً يخشى معه على مصالح القاصر) .

٢ — إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو
الغائه بين القاصر وبين الوصى ، أو أحد المذكورين فى البند السابق .

٣ — إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع ، وإشترط المتبرع ألا يتولى
الولى إدارة هذا المال المبرع به .

٤ — إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال المؤقتة كما
هو الشأن فى تصفية بعض الأوراق المالية ، أو فى تدارك الاضطراب فى الأمور
المالية لمحل من المحلات التجارية فى فترة من فترات الأزمات .

٥ — إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ونصت المادة (٣٢) على أن المحكمة تقيم وصياً مؤقتاً إذا وقف الولى عن
الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذا إذا وقف الوصى عن الوصاية ،
أو حالت ظروف مؤقتة دون أداء واجباته . كما لو أصيب الوصى بمرض
شديد ورأت المحكمة أن المصلحة تقتضى بقاءه إلى أن يزول المانع .

وتسرى أحكام الوصاية على الوصى الخاص والوصى المؤقت مع مراعاة
ما تقتضيه طبيعة عمل كل منها لاتحاد طبيعة مهمة الوصى ، وإن تنوعت أوضاع
الأوصياء .

مسئولية الوصى ومعاقبته قانوناً :

وفقاً لأحكام القانون المدنى وبناء على المادة (٧٦) من قانون الولاية .
أن يكون الوصى مسؤولاً عندما يخل بواجب من الواجبات المفروضة عليه
وتكون مسؤوليته كسؤولية الوكيل المأجور ولو لم يكن الوصى يتقاضى أجراً

على الوصاية . لأن عليه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور أن يبذل من العناية والرعاية لأموال القاصر والقيام بمصالحه ما يطلب من الوكيل الأجبر وفيها لأحكام القانون المدني (٣٦) .

ويجوز للمحكمة أن تحكم على الوصى بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، وبحرماته من أجره كله أو بعضه وبغزله أو أحد هذه الجزاءات إذا قصر في الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون الخاص بأحكام الولاية على المال أو أوقف القرارات التي تصدرها المحكمة — ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها كما يجوز لها أن تقرر إعفاء الوصى من الجزاء المالي كله أو بعضه . وذلك إذا قام الوصى بتنفيذ الأمر الذي ترتب على عدم تنفيذه الحكم بالغرامة ، أو قدم اعتذاراً تقبلها المحكمة مادة (٨٤) .

وتنص المادة (٨٨) على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، وغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب إنتهت مدة نيابته إذا أفتنع بقصد الإساءة عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه 'و الغائب أو عن تسليم أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو للقوامة أو الوكالة وذلك ما لم ينص القانون بعقوبة أشد — وواضح أن العقوبة لا توقع إلا إذا كان الإفتناع بقصد الإساءة ، كقصده تعويق عمل من يخلفه فى الوصاية . وعدم تمكنه من أداء مهمته . أو قصد الإضرار بمصالح القاصر . فإن لم يكن ثم قصد إساءة فلا عقوبة .

قرار رئس جمهورية مصر العربية
بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩
بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور ،

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام الفقه وبعض مسائل
الأحوال الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض الأحوال
الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وعلى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ باصدار القانون المدنى .

وعلى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات المدنية
والتجارية .

وعلى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم
العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

وعلى موافقة مجلس الوزراء .

وبناء على ما ارتأه مجلس الدولة .

قانون الآتى :

(المادة الأولى) : تضاف إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكرراً) ، (٦ مكرراً) ، (٦ مكرراً ثانياً) ، (١٨ مكرراً) ، (١٨ مكرراً ثانياً) ، (٢٣ مكرراً) تكون نصوصها كالآتى :

(مادة ٥ مكرراً) : يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إسهاد طلاقه لدى الموثق المختص .

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عامة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق وعلى الموثق تسليم نسخة من شهادة الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

مادة (٦ مكرراً) : على الزوج أن يقدم للموثق إقراراً كتابياً يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحل إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

ويعتبر إضراراً بالزوجة إقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج سواها .

ويسقط حق الزوجة فى طاب التفريق بمضى سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو سماعاً .

مادة (٦ مكرراً ثانياً) : إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إليها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويحكم بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينها صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجه التطلاق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون .

مادة (١٨ مكرراً) : الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة ستين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط .

مادة (١٨ مكرراً ثانياً) : إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تزوج البنت أو تكسب ما يكفي

نفقتا وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب،
فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم
لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.
ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل
للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم .

مادة (٢٣ مكرراً) : يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور
وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من
الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكرراً من هذا القانون أو أدلى
للموتق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو
زوجاته أو مطلقاته .

ويعاقب الموتق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين
جنيهاً إذا أخل بأي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون . ويجوز أيضاً
الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة .

(المادة الثانية) : يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتي :

« تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت
نفسها إليه ولو حكماً ، موسرة كانت أو مختلفة معه في الدين » .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك
بما يقضى به العرف .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية — بدون اذن زوجها — في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين عليها إلا فيما يزيد على ما بقي حاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

(المادة الثالثة) : يستبدل بنصوص المواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية :

مادة (٧) : يشترط في الحكيم أن يكونا عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدره على الإصلاح بينهم .
مادة (٨) : (أ) يشتمل قرار بحث الحكيم على تاريخ بده واتهام

مأموريتها على أن لا تتجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكيم والخصوم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكيم اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكيم مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدموا تقريرها اعتبرتها غير متفقين :

مادة (٩) : لا يؤثر في سير عمل الحكيم امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره .

وعلى الحكيم أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويندلاجهما في الإصلاح بينها على أية طريقة ممكنة .

مادة (١٠) : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ — فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ — وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ — وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو يبدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ — وإن جهل الحال فلم يعرف المسمى منها اقترح الحكمان تفريقا دون بدل .

مادة (١١) : على الحكيم أن يرفعا تقريرها إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها . فإن لم يتفقا بعنهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨) .

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإنبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب أن كان لذلك كله مقتضى .

مادة (١٦) : تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

مادة (٢٠) : ينتهى حق حضانة النساء يبلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً ، نظمها القاضى على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغيرة عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق في الحضانة للأُم ثم للمحارم من النساء ، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي :

الأم ، فأم الأم وان عات ، فأم الأب وان علت فالأخوات الشقيقات فالأخوات لأُم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأُم ، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور فالعمات بالترتيب المذكور فخالات الأم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الارث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخ .

فان لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجد لأُم ، ثم الأخ لأُم ، ثم ابن الأخ لأُم ، ثم العم لأُم ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأُم .

(المادة الرابعة) : للمطقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، ما لم يهيء المطلق مسكناً آخر مناسباً ، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطقة فلامطق أن يستقل دون مطلقة بذات المسكن إذا كلن من حقه إبداء الاحتفاظ به قانوناً .

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار اليهما في الفقرة السابقة . ويجوز للنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يتور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع .

(المادة الخامسة) : على المحاكم الجزئية أن تحيل بنون وسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها ، وفي حالة غياب الخصم المخصوم يظن قلم الكتاب أمر الاحالة اليه مع تكليفه بالحضور في المواعيد أمام المحكمة التي أحيلت اليها الدعوى .

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

(المادة السادسة) : يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار .

(المادة السابعة) : ينتشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويكفوق له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره .

المذكرة الإيضاحية

للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية

الأسرة أساس المجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوي المجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التي يتكون منها أو انفصامها وكلما قويت الأسرة إشتد ساعد المجتمع وإذا تمزقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة . ولقد ارشد القرآن الكريم إلى الناس جميعاً أصلهم واحد خلقهم الله من ذكر وأنثى . ووجه إلى أهمية رباط الأسرة في قوله تعالى : (يا أيها الناس أنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ۗ إن أكرمكم عند الله أتقاكم) من الآية رقم ١٣ من سورة الحجرات وهذه الآية الكريمة ترشدنا إلى أن الزواج هو أصل الأسرة به تتكون وفي ظله تنمو .

ومن هنا أخذت العالفة الزوجية حظاً وافراً في الشريعة الإسلامية فقد غنى بها القرآن الكريم والسيرة النبوية الشريفة فجاءت آيات القرآن مبينة أحكامها داعية للحفاظ عليها (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ...) من الآية ٧٢ من سورة النحل ، (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة) الآية ٢١ من سورة الروم

والزواج عهد وميثاق ميزه الاسلام عن سائر العقود فلا يجرى على نفسها ولا يقاس عليها فقد جعله القرآن ميثاقاً غليظاً : (وإن أردتم استبدال زوج

مكان زوج وأنتم احدا من قطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا
وأثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم
ميثاقا غليظا) من الآية ٢٠ من سورة النساء .

وهذا الميثاق الحق الله عند تزواج بالعبادات قان المتتابع الكامة (ميثاق)
ومواضعها في القرآن الكريم لا يكاد يجدها إلا حيث يأمر الله بعبادته وتوحيده
والأخذ بشرائه وأحكامه وبعد أن وصف الله الزواج بأنه ميثاق غليظ بين
الزوجين ، صور الخلطة بين طرفيه فقال : (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)
من الآية رقم ١٧ من سورة البقرة وكانت أهم عناصر الامتزاج بينهما السكن
والمودة والرحمة . ثم امتن الله على الناس بأن ثمره هذا الرباط المحاط بكل
هذه المواثيق البنين والأخذ ليعمروا الأرض — وليعبدوا الله .

وإذا كانت شريعة الإسلام تعلو كل الشرائع لأنها من الله وإذا كانت
قواعدها وأصولها قد قطعت من أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير فإنها في أمور
أخرى وضعت ضوابط عامة تدور في نطاقها الأحكام وفقا لتطور الأزمات
وتغاير الأحداث وأناضت بولي أمر المسلمين أن يشرع لهم — في نطاق
أصول الشريعة — ما يصلح به حالهم وتستقيم معه قناتهم .

وإذا كانت مذاهب فقه الشريعة الإسلامية قد أثرت الفقهاء التشريعي
استنباطا من القرآن الكريم والسنة الشريفة فإن اختلاف الفقهاء لم يكن على
حكم قطعي وإنما كان مرده إلى أصول الاستنباط وقواعده وفي المسائل التي
للاجتهاد فيها النصيب الأوفى .

ولما كانت مسائل الأسرة محكومة منذ تنظيم المحاكم الشرعية في مصر

ما لقواعد التي بينها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب هذه المحاكم والتي جرى نصها بأن :

تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قسواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد .

وأخذاً بسنة التطور التشريعي سبق أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض الأحكام الخاصة بالنفقة والعدة والطلاق والمأثود أخذاً من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي .

ولقد مضى على صدور هذين القانونين قرابة الخمسين عاماً طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي ولأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي يحمل القضاء عبثاً كبيراً في تخريج أحكام للحوادث التي تعرض عليهم وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل المهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق على ما بين فيما بعد .

الطلاق

أن القرآن الكريم قد اختص الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج فقد أسندت الآيات العديدة للطلاق إلى الرجال ووجهت الخطاب إليهم ومنها الآيات أرقام ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ من سورة البقرة ، ٤٩ من سورة

الأحزاب والآية الأولى من سورة الطلاق والخامسة من سورة التحريم ومع هذا الاختصاص قال الرسول صلى الله عليه وسلم في شأنه (أن أبغض الحلال إلى الله الطلاق) مرشدا بهذا إلى أن على الزوج ألا يلجأ إلى حل الوثاق بالطلاق إلا عند استحكام الشقاق فهو إلى باب الكراهة أقرب .

ولما كانت قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم واخفوا عنهن خبره وفي هذا اضرار بالمطلقات وتعاقب لهن بدون ميل ، بل أن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهراً للزوجة باستدامتها حتى إذا ما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهراً إياه في وجهها محاولاً به استئطاف حقوقها ، وليس هذا بدعا جديدا فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا ، لو كنتم طلاقها لم تنقض العدة زجراً له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبد العدة إلا من وقت هذا الإقرار ولا يعتد باستناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار للحصكفي وحاشية رد المختار لابن عابدين الجزء الثاني من باب العدة) .

وبناء على هذا ولما كانت الدلالة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق شهادات الطلاق بين الأزواج المصرين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقاري بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم رأى المشروع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتابع المشاكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق ، فأوجبت المادة (هـ مكررا) على المطلق متى

أوقع الطلاق أو رغب فى إيقاعه أن يسادر إلى توثيقه بإثباته بأشهاد لدى المختص ، ورتبت هذه المادة فى فقرتها الثانية آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به أخذاً مما قرره فقهاء الحنفية فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها . ثم فصل نص هذه المادة طرقي علم الزوجة بالطلاق وفوضى وزهر العدل فى وضع الإجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام . هذا وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج ، فكما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غير أن آثارها بالنسبة للزوجة فى حالة إخفائه لا تبدأ إلا من من تاريخ علمها به .

الطلاق للضرر

سبق أن قررت المائة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فقالت .

إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحيثئذ يطلقها القاضى طاعة بائة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله مالك ومثله فى مذهب الإمام احمد بن حنبل رضى الله عنهما وخالف فى هذا المبدأ الامامان أبو حنيفة وشافعى رضى الله عنهما .

والأصل فى جواز التطليق الضرر قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ..) .

من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكيم مطلق في الإصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على ابن أبى طالب وعبدالله بن عباس ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم إذ قال (لا ضرر ولا ضرار) كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم في مثل قوله تعالى (فامسك بمرعوف أو تسريح بإحسان) من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين للتسريح بالإحسان .

لما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة إجتماعية فإن المشروع رأى اعتبار الجمع من قبيل إيذاء الزوجة السابقة فأعطاه الحق في طلب التفريق ما لم ترضى به كما أعطاه هذا الحق إذا أخفى الزوج عنها وقت الزوج أنه متزوج .

وما اختاره المشروع يمتاز بأنه في نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها وهو في الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات إلا برضا الزوجات أنفسهن .

ومستند هذا ما أوضحه من القيم تخريجاً على قواعد الامام احمد رحمه الله وقواعد فقهاء أهل المدينة .

وبناء على هذا جاء الحكم المبين في الفقرة الثانية من المادة (٦ مكرراً) مبيناً أن من الأضرار التي ترخص للزوجة في طلب التطليق من زوجها اقتراحه بغيرها دون رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها . ومن

هذا القبيل، إذا أخفى الزوج على الزوجه الجديدة أنه متزوج بغيرها فإنه يكون حقاً لها أن تطلب التطلاق عليه ، كما أنه إذا تزوج عليها دون رضاها .

ولم يترك هذا النص الأمر ، طلقاً تستعمله الزوجة المتضررة حسبما تشاء وفي الوقت الذي تريد بل عياها بسنة من تاريخ عملها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمته بعده صراحة أو ضمناً .

وضمناً لعلم الزوجة بقيام هذا السبب أو جب النص في فقرته الأولى على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم إقراراً كتابياً للموثق يضمنه حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي على عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وأوجب على الموثق إخطار أولئك الزوجات بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

حق الطاعة

لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة فحين ألزمت الزوج بالإتفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي هيأه لها الزوج أمثالاً لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن . .) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة الزوج فإنها تكون ناشراً وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الإمتناع .

وتنظيماً لهذا جاءت المادة (٦ مكرراً ثانياً) حيث نصت بأن امتناع

الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الإمتناع وتعتبر ممتنعة دون حتى إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التي تستند اليها في امتناعها عن طاعة زوجها وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج الى الزوجة بالعودة إلى المسكن ، إذا لم تعترض في الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانوني وجب على المحكمة عند نظر موضوعه للتدخل لإنهاء النزاع صلحاً بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها ان سحب شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب إذ كان لها أن المسكن الذي حدده الزوج في الاعلان غير مستوف لا يجب توافره شرعا أو عرفا فاذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ — ١١ من هذا القانون .

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها في التحكيم وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء مأهوريتهما على أن لا تتجاوز المدة ستة أشهر وعلى المحكمة إخطار التحكيم والخصوم بمنطوق قرارها وتحليف كل

من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطى للمحكّمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر .

والأصل في بعث الحكّمين قوله الله سبحانه (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكّما من أهله وحكّما من أهلها) فان هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يعيب عن البال أن الأحكام المبينة في المواد من ٧ — ١١ من هذا المشروع تطبق في الحالة المبينة في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفي المادة السادسة مكررا بهذا المشروع ، ذلك أنه انضج من تطبيق أحكام القانون القائم في التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل في النزاع الخاصة بالطلاق للضرر ، بل أن تلك الأحكام كانت لا تنتهي بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تنادى المشروع في المادتين ٨ ، ٩ كثيرا من مساوىء القانون القائم فنظم عمل الحكّمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الإرجاء ويمنع عرقلة عمل الحكّمين ثم بين في المادة العاشرة ما يتبعه الحكّمان عند العجز عن الإصلاح من حيث التفريق والتبائع المالية وتناديا لإطالة أمد التقاضي عند اختلاف الحكّمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعه المحكمة مع الحكّمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأي الأكثرية وعند اختلافهما في الرأي أو عدم تقديم التقرير في الميعاد تسير المحكمة في الالبسات وتقضى وفق التفصيل الموضح في المادة ١١ .

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان أمراً ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع

الضرر على أن الفقهاء من أجاز بحث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ١٦٨ وما بعدها) .

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينها بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا وإما مخرجة على نصوصه .

المتعة للمطابقة بعد الدخول

لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها .

وإذا قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج إذا انتطاع حبل المودة بينها وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة نعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة ، وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة . وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعي الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول للمالك أيضا (المذهب للشيرازي

فقه شافعى ج ٢ ص ٦٧ — ٦٨ والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٥ —
(٢٤٩) .

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكرراً بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء
الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى اساءة
إستعمال هذا الحق ووضع فى موضعه ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين
وتخفيفاً على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة
على أقساط .

نفقة الصغير

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أوال
وتفاصيل فى إستحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال
وطالبه ، وتبعاً لذلك اختلفت إتجاهات المحاكم .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص
وإعدادة للحياة سواء أكان دينياً أو دنيوياً وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام
والكساء ، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته وقد
يكون المزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرها من الأقارب وتعليم الولد أيا كان
ذكراً أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم
ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لابنه .

من أجل هذا كان من المصاححة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر
عجزاً حكيمياً موجبا للنفقة إذا كان تعليماً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين
وبشرط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة
الاتفاق عليه فى التعليم . ونفقة الأنثى على أبيها حتى تزوج أو تتكسب ما يفي
بنفقتها لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكيمى .

ولا مراعاة في أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يسارة وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

تعزير المطلق إذا أخل بواجباته المبينة في هذا المشروع

التعزير عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتعزيم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت في مواضع مذهب الإمام أحمد .

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوطاً بالمصلحة . وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وأعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرراً من هذا المشروع يكون أمراً ذا سند صحيح شرعاً وكذلك الحكم بالنسبة للواجبات المبينة في المادة السادسة مكرراً .

كما يعاقب الموثق أيضاً إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكرراً .

إذ لا يكفي في الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه في الدين وهذا هو ما قضى به القانون القائم في المادة الأولى من القانون

رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من إستحقاقها للنفقة ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولقد جاء هذا النص في فقرته الأخيرة بما ذهب اليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوج وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله في حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية .

ثم أبان المشرع في النقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة في حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أو لياها من القرار في بيت زوجها .

كما أوضح المشرع عن الأحوال التي لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سببا مستقلا لنفقتها عليه فقا . أنها الأحوال التي يسمح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لمرريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضي لطلب حقها كذلك خروجها لقضاء حوائجها التي يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض أو تقضى به الضرورة كإشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تروجهاعالما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها منافي لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عدد الخلاف في كل ذلك للقاضى .

ثم فى الفقرة السادسة نص المشروع على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على الزوج من تاريخ الامتناع عن الاتفاق ومع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ المشرع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن فى الطلاق أجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التى كانت مقررة فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الإكفاء بسنة واحدة عن طريق منع مماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر .

وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يعتداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون فقد نكون الزوجة مدينة لزوجها فانه حماية لحبها فى الحصول على ما يبنى بحاجتها وقوام حياتها نص المشروع على ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها كما أن إمتياز دين نفقة الزوجة عند تراحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر

تقره قواعد فقه المذهب الحنفى وهذا ما قرره الفقرة الأخيرة فى هذه المادة .

قواعد تقدير نفقة الزوجة

جاءت المادة ١٦ من المشروع بهذه القواعد فنصت على أن تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت إستحقاقها يسراً أو عسراً على ألا تقل فى حالة العسر عن القدر الذى يبنى بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط أصلاً فى تقدير النفقة هو حال الزوج المالية فى اليسر والعسر وهذا أمر نسبي غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على حالة وقت الاستحقاق لا وقت الإيضاء .

وهذا إذا كان قد حدث تغير فى الحالة المالية . والقدر الذى يبنى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى (فلينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفير شروطه أن يرضى للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملاحظ فى هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يبنى بحاجتها الضرورية فى ضوء ما استشفه من الأوراق والمراعاة ما دامت قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحقق الشروط .

هذا الحكم المؤقت نافذ فوراً إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة في الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد في نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في هذا الموضع ثم رخص المشروع للزوج في حال سدادته ثقة لزوجيه بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلاً وبين المحكوم عليه نهائياً على ألا يقل ما يبقى للزوجة ويقتضيه نفعاً عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية .

الحضانة

كان العمل جارياً على إنتهاء حق النساء في الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه في يد الحاضنة إذا رأى مصلحته في ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغير لبلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها في البقاء في يد الحاضنة فله ابقؤها حتى الحادية عشرة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة في شأن الصغير تبين أن لمصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والأطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا يتزعجون بزعمهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الآمام مالك في هذا الموضع على أنه في حال ابقائها في يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة الحق في اقتضاء أجره حضانة وانما لها الحق في ثقة المحضون الذاتيه من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج بما يقضى به العرف حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كما أن وجود الولد ذكراً كان أو أنثى في يد الحاضنة سواء قبل بلوغها سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يفل يد والدها عنهما ولا يحد من

ولأية الشرعية عليهما فإن عليه مراعاة أحدهما وتبدير أمورها وولايته عليهما
كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية وضاً القيام بالضرورات التي لا تختم
التأخير كالعلاج والإحراق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب .

ثم نص المشروع على حق كل من الأبوين في رؤية الصغير أو الصغيرة
وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية إتفاقاً بينهما للقاضي بشرط ألا يتم في
مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً كأقسام الشرطة وبحق رؤية الأبوين
للصغير أو الصغيرة مقرر شرعاً لأنه من باب صلة الأرحام التي أمر الله بها
(وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) من الآية رقم ٧٥ من
سورة الأنفال ثم منع المشروع تنفيذ حكم الرؤية جبراً وبالقوة حتى لا يضر
هذا بالأولاد ، فإذا إمتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره
القاضي فإن تكرّر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة
مؤقتاً إلى من يلي هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها
لمدة يقدرها .

ولا مراء في أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشؤله
بالنفاذ قانوناً وبالقوة الجبرية بالأعمال بالمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية ثم بين المشروع ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصابة وذوى
الأرحام على نحو ما هو مقرر في النص وما هو جار به العمل وفقهاً لنته
المذهب الحنفى .

مسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تنور بينهما

فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصفار بوصفها حاضنة لهم أو يتفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا : أن من لها إمساك المولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكنها جميعا (الدر المختار للحصكفي فقه حنفى فى كتاب الحضانة) .

وإذا كان ذلك فإن المطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكنا آخر مناسباً حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فلا تطلق أن يعود ليستقل دونها بذلت المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

ونص المشروع على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار اليهما فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع .

وأجازت الفقرة الأخيرة من هذه المادة للنائب العام أو الخامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار اليه حتى تفصل المحكمة نهائياً فى النزاع .

حكم وقضى

ولما كانت دعاوى الطاعة المنظورة أمام المحاكم الجزئية وقت العمل بهذا القانون سواء أكانت دعاوى أصلية أو معارضات فى أحكام سبق صدورها غنياً أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية فإنه يتعين على المحاكم الابتدائية فإنه يتعين على المحاكم الجزئية لحالتها بالحالة التى تكون عليها وإعلان الغائب من الخصوم بأمر الإحالة مع تسكينه الحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى ولا يسرى الحكم على الدعوى المحكوم فيها نهائياً وتبقى خاضعة للأحكام التى كانت جارية قبل العمل بهذه القانون .

وبدئى ان يلقى كل ما يخالف الاحكام المقررة ضمن هذا القانون ومن
ثم جاءت المادة السادسة مقررة لهذا الحكم .

ومما يجب التنويه به أنه إذا دعت الحاجة لاستجلاء وجه بعض تلك
النصوص وجب الرجوع لمصادرها التشريعية سالفة الذكر وأن الأصل دائماً
هو الفقه الحنفى .

وأتشرف بمعرض مشروع القرار بقانون المرافق بتعديل بعض احكام
قانون الأحوال الشخصية على هذا الوجه حتى إذا حاز موافقة مجلس الوزراء
أتممت إجراءات استصداره .

وزيرة

الشئون والتأمينات الاجتماعية

دكتورة / امال عثمان

الفضيلة الأولى

الصفحة

١	المقدمة
٣	في ثبوت النسب
٣	تعريف النسب
٥	لمن حق النسب
٦	ثبوت النسب
٧	الحمل ومدته
١١	الولادة
١١	إثبات الولادة
١٥	تعيين المولود
١٦	أسباب ثبوت النسب
١٦	النسب عند قيام عقد الزواج الصحيح
١٧	شروط ثبوت النسب
٢٢	نسب ولد زواج المتعة
٢٣	النسب في الزواج الفاسد
٢٦	نسب ولد الشبهة
٢٨	النسب بعد الفرقة

الفضيلة الثانية

٣٤	طرق ثبوت النسب
٣٤	الزواج الصحيح

الصفحة

٣٥	الإقرار
٣٦	شروط ثبوت النسب بالإقرار
٤١	الفرق بين التبني والإقرار
٤٣	اليثمة
٤٧	نسب اللقطاء

الفضل الثالث

الرضاع

٤٩	وجوب الرضاع على الأب
٥٢	على من يجب أجر الرضاع
٥٦	مدة إستحقاق الأم الأجرة على الرضاع
٥٨	ما تمدد به الأجرة
٥٩	التبرع بالرضاع

الفضل الرابع

الحضانة

٦١	تعريف الحضانة
٦١	لمن حق الحضانة
٦٣	من يثبت له حق الحضانة
٦٤	ترتيب الحضانات من النساء
٦٦	حضانة الرجال
٦٨	شروط الحضانة

الصفحة

٧٣	أجر الحضانة
٧٥	وقت استحقاق الأجرة
٧٥	على من تجب أجرة الحضانة
٧٦	أجرة الحضانة عند وجود متبرعة
٦٩	مكان الحضانة
٨٣	مخالفة الحضانة لمكان الحضانة
٨٥	حق الأب في رؤية ابنه زمن الحضانة
٨٦	المدة التي تنتهي بعدها الحضانة
٩٠	ضم الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة

الفضل الثاني عشر

تفقة الأقارب

٩٣	أسباب وجوب النفقة
٩٤	موازنة بين نفقة الزوجة ونفقة الأقارب
٩٦	مكونات النفقة
١٠٥	سبب وجوب نفقة الأقارب
١٠٨	شروط نفقة الأقارب
١٠٨	الشرط الأول حاجة من تجب له النفقة
١٠٩	الشرط الثاني عجز طلب النفقة عن الكسب
١١٢	أنواع الحجز
١١٥	السبب الثاني طلب العلم
١١٧	الشرط الثالث يسار المتفق

الصفحة

١٢٠	حد اليسار
١٢٢	الشرط الرابع اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه
١٢٤	الشرط الخامس عصمة المنفق عليه
١٢٦	أحكام نفقة الأقارب
١٢٧	وقت وجوب نفقة الاقارب
١٣٠	ترتيب من تجب عليهم النفقة عند التعدد
١٣٠	أولا اجتماع الأصول
١٣٥	النفقة عند اجتماع الفروع

الفصل السادس

١٣٨	الولاية على الصغير
١٤١	سلب الولاية والحد منها قانونا
١٤٣	الولاية على المال
١٤٥	ترتيب الأولياء في الولاية على النفس
١٤٥	١ — العصبية بالنفس
١٥٢	شروط ولي الكفاح
١٥٢	الشروط المختلف فيها
١٥٢	١ — الذكورة
١٥٤	الشرط الثاني العدالة
١٥٦	الشرط الثالث الرشد
١٥٨	الشرط الرابع أن يكون الولي حلالا
١٦٣	الولاية على المال

الصفحة	
١٦٦	شروط الولى على المال
١٦٧	حكم عقود الولى وتصرفاته
١٦٧	تصرفات الآباء فى أموال أولادهم
١٧١	ما يجرى عليه العمل قانونا فى تصرفات الأب
١٧٧	شروط الوصى
١٧٩	اجراءات تعيين الوصى
١٨٠	حكم تصرفات وصى الأب
١٨١	بيع الوصى مال نفسه لليتيم أو شراء مال اليتيم لنفسه
١٨٤	الإبضاء لأكثر من واحد
١٨٧	ولاية الجد ومدى ما يملكه من تصرفات
١٩٠	وصى الجد وحكم تصرفاته
١٩٠	ولاية القاضى ووصيه
١٩٣	انتهاء الوصاية والولاية
١٩٥	المشرف على الوصى
١٩٦	الوصى الخاص والوصى المؤقت
١٩٧	مسئولية الوصى ومعاقبته قانونا
	قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٤٤ لسنة
١٩٧٩	بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية
٢٠٨—٢٢٦	المذكرة الإيضاحية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

